

アダム・スミス『法学講義』における私法と公法：
モンテスキューと講義体系の転回問題
(田中克志先生退職記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2014-06-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大江, 泰一郎 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00007824

■ 論 説 ■

アダム・スミス『法学講義』における私法と公法

—モンテスキューと講義体系の転回問題

大 江 泰 一 郎

目次

はじめに——『法学講義』における私法・公法問題

1 「シヴィリアン」・法史家としてのモンテスキュー

(1) 『法の精神』—体系と所有権

(2) 所有権概念と権力分立理論—「アラブ人、タタール人」

2 アダム・スミスの転回——自然法から比較法・法史学へ

(1) 「正規の統治」あるいは「市民的統治」

(2) 所有権・裁判権・議会

3 専制ロシアにおける公法と私法

(1) ヴラヂーミルスキー=ブダーノフ『ロシア法史概説』(1886年初版)

(2) スペランスキー「国法典序説」(1809年)

むすびに代えて

はじめに——『法学講義』における私法・公法問題

アダム・スミスは、グラスゴウ大学の道徳哲学の教授として1763年に行った「法学 jurisprudence」講義において、これを記録した学生のノート（いわゆる「Bノート」）によれば、法学講義の構成、とくに所有権、これを中心とする私法と、統治形態（政体）との、展開順序について次のように述べている。

[A] 自然権の起源は、非常に明白である。人がその身体を侵害されないようにしておくこと、彼の自由を正統な理由がないのに侵害されないようにしておくことについて、権利をもつことは誰も疑いをもたない。しかし、所有権のような取得権については、それ以上の説明が必要である。所有権と政治的統治 civil government は、相互に大いに依存する。所有権の保存と財産 possession の不平等が、最初に

政治的法的統治を形成したのだし、所有権の状態はつねに、統治の形態ともかかわっていたに違いない。大陸の法学者たち *civilians* は、統治の考察から始めてそのあとで所有権およびその他の権利を取り扱う。この主題について書いたその他の人びと〔グロティウスやプーフェンドルフら、自然法学者〕は、後者それぞれから始めて、そのあとで家族と政治的法的統治を考察する。これらの方法には、それぞれ固有の長所がいくつかあるが、全体としてローマ法〔大陸法〕*the civil law* の方法が優っている (LJA11; Hb31⁽¹⁾)。

この1763年の講義(その第1部)は、大枠でみれば確かに「司法」「公法学」から「家族法」「私法」「契約」へと展開されているが、これに先立つ1762-63年の法学講義は、これも残っている学生のノート(いわゆる「Aノート」)によれば、ほぼ逆の展開をみせている。この講義の組み立ての逆転は何を意味するか? ここには、スミスにおける経済学の形成の筋道の問題はさしあたり別としても、法学の視角から見て、西欧法(「正規の法」)の構造とそれについての認識、あるいはそれについての説明の論理にかかわる重要な問題が潜んでいるように思われる⁽²⁾。この問題を解くことが非西欧法(「正規」とみなされない法)の理解にとっても有益な視点を提供するように考えられる所以である。

ところで、この引用文中の「この主題について書いたその他の人びと」とは、講義そのものの文脈からグロティウス、プーフェンドルフらであることが分かる。ところが、他方の「大陸の法学者たち」は、むしろグロティウスやプーフェンドルフを含むはずであるが、彼らとは何らかの意味で区別されるローマ法系の学者となると、誰を指すのかはけっして自明ではない(「ローマの法学者」でないことだけは確かであろう)。文字通りの「シヴィリアンズ」つまりローマ法学者たちを念頭におけば、彼らはほとんど例外なく、もっぱら私法の体系のみを論ずるか、そこから公法に及ぶ場合も私法から公法へという学問体系の展開を採用してきたからである⁽³⁾。だが、私法・公法という枠組の先後関係から少し距離をとり、この引用文のニュアンスをそのまま素直に受け取り、虚心にスミスの言う通り「統治形態」(政体)と「所有権」の相互関係の取り扱いに関心を集中してみると、政体論から始めてのちに所有権を考察するという方法を採用した学者は(スミスは *civilians* と複数形を用いているにもかかわらず)、実はほとんどひとり、モンテスキューに絞られてくる。

本講は、こうして得られる、西欧法に固有の構造に関するアダム・スミスとモンテスキューの研究手法の接点、とりわけモンテスキューの東洋的専制を含めた3政体論の枠組の含意とこれに関するアダム・スミスの把握、講義体系の転換に着目し、そこから得られる有益な示唆を出発点として、西欧法とは異質の、「所有権」、いわゆる私的所有権の秩序という前提をもたず、したがってまた「主権」概念を含め政治的=法

的統治の構造をとらない、ロシア固有法の研究への手懸かりを模索することを目的とする。

政体論から出発して近代的所有権形成史に至るというモンテスキュー『法の精神』体系の展開方法は、じつは論じられることがほとんどない⁽⁴⁾から、まず、この問題の考察から出発することにしよう。

1 シヴィリアン・法史家としてのモンテスキュー

モンテスキューが、その教育や法服貴族（ボルドー高等法院副院長）の実務からしても、『ローマ人盛衰起源論』『法の精神』などの著作からみても、大陸の法律家（civilians）のひとりであることは間違いない。だが、モンテスキューの作品、とりわけその主著『法の精神』が所有権の問題、とくに近代「フランス法」成立史における近代的所有権の形成を詳細に研究した仕事の成果であること、『法の精神』全体の構成はフランスにおける「自由な国家」の可能性にかかわるこの問題を軸にしていることは、必ずしも周知のことがらではない⁽⁵⁾。まずこの点をここで改めて確認しておこう。

(1) 『法の精神』—体系と所有権

まず、主著『法の精神』の組み立てはどうか？ ここでは、その詳細な説明⁽⁶⁾を繰り返すことはできないが、あらためてその成り立ちを叙述の順序に即してごく大まかに区切るという仕方で整理しておこう（モンテスキュー自身の全6部編成を、さらに大掴みに4つのブロックに分けて整理してみたい）。

第1ブロック（『法の精神』第1編のみからなる全体の総論部分）——ここでは、本書全体の展開を規定する原理（方法的枠組）として、〈客観的事実（「風土」等々）→「政体」→「法律」〉の連関、〈「習俗 mœurs」→「法律 lois」〉連関と西欧における「法律」の司法的由来（「正義」「衡平」の諸関係の先行性）、法律形成における「国家的状態」（力の結合）→「市民的＝政治的状态」（意思の結合）の2段階的進行、などが提示される。『法の精神』の、いわば社会学的・唯物論的基礎づけが行われるわけである。

第2ブロック（同第2編～第8編）——政体論、つまりアダム・スミスのいう「統治形態」の問題を考察する。広く人類史に照らして「自由な国家」の可能性を考察するために、東洋の専制 *oriental despotism* を含めた比較法史ないし比較政治史（古典古代の共和政つまりアテナイの民主政とローマの共和政、アルプス以北の君主政、アジア・ロシアの専制の3政体）が考察の対象とされる。この視野の拡大は、一方ではフランス絶対主義の暴政 *tyranny* ないし専制への傾斜の危険性とその現実的可能性（こ

の傾斜の限界)を吟味するという意味をもつが、他方では、西洋的な「法律」のいわば異質性(非普遍性)とその形成要因・意味を意識することになる。ここで、歴史上ほとんど初めて、政体論に接続する形で比較法の各論的な叙述が展開され、その中で専制国家の法にも議論が及ぼされる。

第3ブロック(同第9編～第26編)——各政体ごとの法律の考察から一端離れるが、政体論の枠を維持しつつ、トピック別に法律論が展開される。軍事・政体の安全(防衛力)、軍事・征服(攻撃力)、国制と政治的(=法的)自由、市民と政治的(=法的)自由、租税・歳入、風土、市民的奴隷制、家内奴隷制、政治的隷属と風土、土地の性質、国民の一般精神・習俗・生活様式、商業、貨幣経済、住民の数(種の増殖)、宗教、「事物の秩序」と法律、といった諸主題がそれである。ここで西欧的な法律とアジア的な「法律」との違いが比較法的に多方面から論じられ、西歐法の自己認識が深められる。これらの系列の中で、第19編「国民の一般的精神、習俗および生活様式を形成する諸原理との関係における法律について」と、第26編「その規定する事物の秩序との間でもつべき関係における法律について」とが、それぞれ比較法研究の成果を踏まえた、一種の中間的・理論的総括の意味を担うものとなっている。

第4ブロック(同第27編～第31編)——フランス法制史に即して近代的所有権と「フランス法」の形成が、ローマ共和政の再興ではなく、新たに「ゲルマンの森」に起源を有するもの、「ゴシック(ゴート族的)政体」の変遷、「フランス法」の成立(=イギリス・モデルへの接近の可能性)、という文脈で分析される。

以上の展開をさらに巨視的に俯瞰してみれば、第1ブロックは別としても、アダム・スミスが言うように、「統治形態」(第2・3ブロック)から「所有権」(第4ブロック)へ、という展開はそこに容易に確認できるであろう。第4ブロックが所有権史であることを、いろいろ回り道をしなければならないが、もう少し立ち入って説明しよう。

まず、この第4ブロックが、引証基準となるローマの相続法の考察から始まることに留意する必要がある。相続、これによって維持される家ないし家族(ともに原語は *familles*) が、所有権制度の歴史的変遷をたどる際の軸となる。「家 *la famille* は一種の所有権である」(EL23-4, Nb350⁽⁷⁾)。相続法の如何、とくに相続(処分)の可能性が所有権制度変遷の最も重要なメルクマールとなることは、第4ブロックの最終編最終章において、次のようにモンテスキューが言う通りである。『法の精神』エピグラフにもいうように、これがモンテスキュー自身が自らの作品の最も重要な美質(「母無くして生まれし子」Na30)と認める点だったのである。

[B] 封地が取り上げ〔封主による回収〕可能か一代限り〔相続不可〕かであったときは、封地はほとんど国制の法律 *lois politiques*〔=公法〕のみに属していた。そ

の当時の市民（民事）の法律において、封地に関する法律にほとんど述べられていないのは、そのためである。しかし、封地は、世襲的になり、贈与されることも売却されることも遺贈されることもできるようになったとき、国制の法律にも市民（民事）の法律にも属した。封地は軍事的奉仕の義務と見られることによって国制の法律に属し、取引される財産の一種と見られることによって市民（民事）の法律に属した。このことは封地に関する市民（民事）の法律 *lois civiles* を生み出した。

封地が世襲になったので、相続順位に関する法律は、封地の永代性〔＝脱封地化〕と関係せざるをえなかった。このようにして、ローマ法およびサリー族の法律〔＝古ゲルマン法〕の規定から離れて、『伝来財産〔＝家産としての封地〕は〔封主には〕復帰しない *Propres ne remontent point*⁽⁸⁾』というあの〔近代〕フランス法の原則が成立した。……この〔近代法の〕原則は、初めは、封地についてのみ成立したのであった（EL31-34; Nc461）。

封建制の変容、土地保有（封地）の処分権化⁽⁹⁾つまり近代的所有権の形成は、近代的市民法＝「フランス法 *le droit françois*」の成立（Nc461）を告げるものに他ならない⁽¹⁰⁾。この市民法成立の次第への考察を、モンテスキューははやくもその出発点（「大地を掘る」歴史学的作業の起点）からアエネーアースの旅（ローマ建国伝承）になぞらえ、『法の精神』全編の最終章、フランス法成立の確認を、印象的な約束の地到達の声「イタリアが見える、イタリアだ *Italiam, Italiam*」で結ぶ（Nc286f, 462）。ローマの共和政とその法がこの歴史を遡る旅の導きの星であることが真っ直ぐに表明されるわけである。

ここに見る近代的所有権、フランス法の成立はしかし、市場経済（モンテスキューのいう「商業」）や経済的自由主義、ましてや資本主義といった経済的要因によってもたらされたものではない。ここでも参照されるべき基準は、「全世界のために法律を作った」（Nb280）ローマのケースである。「ローマ人の商業に対する執着が指摘されたことは決してない。……彼らの天分、彼らの栄光、彼らの軍事教育、彼らの政体は彼らを商業から遠ざけた」（EL21-14, Nb271, 272）。ローマの偉大さを可能にしたのはその政治、その共和政体であるが、共和政体を可能にしたのは土地の平等な分配であった。「古代共和国の創設者は土地を平等に分配した。これによってにみ人民は強力になりえた、すなわち社会はよく統制されえたのである」「ローマを最初にその低迷状態から脱せしめるのに役立ったのは、土地の均等分配であった。そして、このことはローマが没落し始めた時、はっきりと感じられた⁽¹¹⁾」、とモンテスキューは言う。

(2) 所有権概念と権力分立理論－「アラブ人、タートル人」

ローマは行論上の引照基準ではあっても、18世紀フランスにおける「自由な国家」の保障ではもはやありえない。共和政ローマが基準となりうるのはもともと、その政体 *gouvernement* が「誕生以来、人民の精神、元老院の力、そして複数の政務官の権威〔といった三者間の抑制と均衡〕によって、権力のあらゆる濫用を常に是正できるような働きを保っていた」からであるが、自由で活発な政体のもつこうした「固有の法則 *propres lois*」を現代において体現しているのは名誉革命後のイギリスの混合政体であって、そこでは「政府をも自分自身をも不断に監視している一団体 *un corps*」、つまりまさしく共和政的機関としての議会、とくに民主政の契機をなすその庶民院こそが、この「賢明な」政体の成立を可能にしているのだ、とモンテスキューは見る⁽¹²⁾。

因みに、『法の精神』第11編第6章の権力分立論は、原理的にその分割を許さない主権概念とは相容れないかにしばしば理解されるが（確かに主権概念の使用についてモンテスキューは慎重であった）、彼は同時にイギリスに成立した議会主権（「議会における国王」）をそれはそれとして正確に把握していたことも見落としてはならない。三権分立の理論を展開したいくつか後の章で、彼は「国民の代表者によって構成された立法府」を有するイギリスの政体を、「ゴートの *gothique*」つまりゲルマン的なものとして論ずる文脈から、この政体（庶民院、貴族院、そして君主）を、「人民の市民的自由 *la liberté civile du peuple*〔≒主権、その構成の中核部分〕、貴族と聖職者の特権、国王の権力 *puissance* の三者がよく協調を保っている」ものとして捉え、これを「人間の想像しうる最良の種類政体」と呼んでもいるのである⁽¹³⁾（EL11-8; Na309-310）。権力分立の「政治体制」とくにその議会制度がそうであったように、この主権の構造をも、モンテスキューは、ローマの基準（タキトゥス『ゲルマニア』）に照らしてこれを評価する（Na306, 309）。「自由な国家」の引照基準（モデル）はこうして、ローマとゲルマン的なものに二重化するのであるが、この両者には、政体のいわば共和政パネ（民会ないし議会の役割）と、またローマ法とイギリス法（コモン・ロー）といった、同じ法曹法、裁判由来の法としての性格とが、通底している。モンテスキューのイギリス政体論を理解する上でわれわれが留意すべき点であろう。

ここで1つ直面する問題は、イギリスの議会主権に象徴されることでもあるが、法曹法（非成文法）の伝統を有する国にもその予兆がみえる立法（議会制定法）の時代、法形成の論理が大きく転換しようとしている時代に、議会という制度が法形成の構造の中にどのように位置づけられるかということである。裁判権の独立という権力分立理論の要諦は、この問題への1つの解答でもあろう。だが、「意思」の表明そのものは、専制国家の「法律」ではあっても、法の精神に合致する法律ではない、という判断がモンテスキューにはある。実定的な法律は、予め存在する「正義の可能的な諸関係」「衡平の諸関係」（Na41）を後になってから確立するものに他ならないからである。そ

の経緯を説明する余裕はいまないが、モンテスキューがこの問題に与えた解答は、ルソーの主権論を先取りすることになるが、立法機関は「国家の一般意思」だということなのであった。法の精神からみて、受容可能な意思による立法がありうるというわけである。「一般意思」はひとりの意思ではなく、団体 corps の、合成された意思である。その「一般意思」はどのようにして形成されるのか？ モンテスキューは直接的な解答を与えてはいないように見える。この概念は自然法理論、とくにグロティウスに由来するが、「事物の本性に由来する必然的な関係」つまり自然法則と同じ水準において「法律」lois の在り方を考察すべきことを標榜して研究を開始したモンテスキュー (EL1-1; Na39) はもはや自然法思想の狭い地平を脱しており、擬制的な社会契約の思想に与することもできない。モンテスキューはこの場面で、法律を成り立たしめる一般意思の基礎づけを、いわば歴史的・社会学的に解明せざるをえなくなっている。

モンテスキューがこの場面で到達し、やがて『法の精神』全体の背骨となった構想が、①「国制（統治）の法律」と②「市民（民事）の法律」との区別と関係の見方、①'「国家状態」と②'「市民状態」との区別・関係の把握であった。モンテスキューは、「国制の法 *droit politique*」（治者・被治者関係の法律）と「市民法 *droit civil*」（市民相互関係の法律）との違いに触れたあと、グラヴィーナの著作に仮託して、次のように言う。

〔C〕 ありとあらゆる社会に関係する万民法の他に、各社会のための国制の法 *un droit politique* がある。社会は統治なしには存続できないであろう。「個々の力すべて結合 *réunion de toutes les forces* が『国家状態 *état politique*』と呼ばれるものを形成する」とグラヴィーナがまことに正しくも言っている。(EL1-3; Na47)

〔D〕 個々の力は、すべての意思 *toutes les volontés* が結集することなしには、結集しえない。「これらの意思の結合が『市民状態 *état civil*』と呼ばれるものである」とグラヴィーナがまたまことに正しくも言っている。(EL1-3; Na48)

これら2つの命題の関係は、力の結合が或る意味で意思の結合を前提するかのようなニュアンスもあって微妙であるが、ここでは論理的かつ歴史的に、①国家状態→②市民状態という順序の連関（力の結合①なしには何事も始まらないが、②の「すべての意思が結集すること」が達成されて、改めて①が正当な国家状態、モンテスキューが市民的ないし政治的統治 *gouvernement civil* と呼ぶものとして確立される）、が想定されているものと理解しておこう⁽¹⁴⁾。留意すべきは、①・②の区別・関係という問題において、ここでまた奇しくも、あの、アダム・スミスが指摘した、統治形態から市民法（私法）へという順序の問題の一端が表出されているということである。だが、

①→②の歴史的進行は、いずれの人民においても可能なものではない。「一般的な力〔＝結合した力〕は1人の手中におかれることも、あるいは数人の手中におかれることも可能である」、つまり統治形態(政体)は多様でありえ、「社会は統治〔＝①〕なしには存続しえないであろう」が、「すべての意思の結合」(＝市民状態ないし市民社会ないし政治社会⁽¹⁵⁾)したがってまた「市民の法律」(＝市民法)はどこでも可能なものだというわけではない。「市民状態」「市民法」はどのような条件の下で可能になるか? こうした意味では、2つの命題は、ある意味で比較法的考察の手段をも示唆することになる。この問題の解明が、さまざまなトピックの下に展開される『法の精神』第3ブロック(同第9編～第26編)の主題なのである。軍事、政治的自由、租税、風土、奴隷制ないし隷属、土地、商業、宗教等々のトピックが試されるが、問題解明への手懸かりが示されるのは、第18編「土地」トピックにおいてであり、しかもいささか思いがけない仕方によってである。

この第18編中、第13章では、「民法典 le code civil 〔＝ローマ法大全〕をとりわけ膨大なものとしているのは土地の分割〔＝市民資格の前提としての公有地からの土地分与〕である。このような分割を行わない国民にあっては、民事の法律はごくわずかしかないであろう」(EL8-13; Nb126)という観察がまず示され、ローマ以外の国民において「民事の法律」、市民法は可能か、可能であるとすればどのようにしてか、という問題が提起され検討される。ローマ的な土地の分割を行わない国民としては、ゲルマン人と「アラブ人、タタール人」がともにひとまず一括りの「牧畜民族 les peuples pasteurs」として想定される(Nb126-127, 131)。結論としては、市民法はアラブ人・タタール人ではなくゲルマン人においてのみ形成されたということになる。なぜか? 判断の根拠とされるのは、フランスにおいて「王国の基本法」の中核と見なされてきたいわゆるサリカ法典 la loi salique の諸規定、その解釈である。モンテスキューによれば、女子の相続(＝王位継承)を制限して封地(＝封建制)を確立したのはサリカ法典ではなく、逆に「封地の確立」こそが女子の相続とサリカ法典に制限を加えたのであるが、そこに「民事の法律の規定〔＝相続法〕が国制の法律〔＝王位継承法〕をも拘束した」という連関の構造が見出される(EL18-22, Nb140-141)。つまり、ゲルマン人の歴史においては、ローマの場合とは異なり、建国の初めにおける土地分与ではなく、フランク時代より後の封建制こそが、市民法を、つまりローマ法大全に代わるものを、基礎づけることになったというのである。近代的所有権と「フランス法」の形成を、さまざまなトピックの1つとしてではなく、正面から主題的に扱うのが『法の精神』第6部であることはすでに見た通りである。事物の秩序においては「市民法〔私法〕が統治構造〔公法〕を制約する」という構造が見られるにしても、この連関の構造認識は、多様な統治構造から出発して、市民法はいかに形成されたのかを問う手順を経て、獲得しえたものだったのである。

この予備的結論と「一般意思」とはどのように結びつくのか？ サリカ法典を考察した第18編ではその終末近く (EL18-30) になって、タキトゥス『ゲルマニア』およびカエサル『ガリア戦記』の記述に即して「フランク族における人民集会」(Nb151) が想起され、第11編第6章のイギリスの国制 (権力分立と議会制度 = 「一般意思」) への繋がりがかすかに示唆される。議会制度を軸に、考えてみよう。

示唆はまだ微かなものに止まっている (人民集会がそのまま議会の祖型とされるわけではない)。ここから、前記、第11編第6章、イギリス議会の「一般意思」へと論理をつなげるためには、いわば1つのミッシング・リンクを明るみに出す必要がある。イギリスの庶民院が「所有権の代表」であるとしても、「代表」「議会」という仕組はどこから来たのかという問題が、まだ解明されていないのである。古典古代 (ギリシャ、ローマ) の「民会」ではありえない。古ゲルマン人の「人民集会」も範型にはなりえない。権力分立の章 (EL11-6) において、モンテスキューはいう。「〔議会という場における〕代表者たちのもつ大きな利点は、彼らが諸案件を討議できることである。人民はそれには全く適していない。これは〔古代地中海と「ゲルマンの森」の〕民主政の重大な不都合の一つをなしている」(Na296)。それでは「討議 *discuter* する」能力はどこで陶冶されたというのか？ この問題をモンテスキューは、じつはイギリスの議会に話が進む前に、あらかじめ処理している。

第6編は、標題からしても、民事・刑事の法律の単純さ、裁判手続、刑罰と政体の原理との関係など、やや雑多な印象を生みかねない。ほとんど孤立した位置に「裁判の仕方について」の章 (EL6-4) がある。モンテスキューによれば、裁判役 (判事) の役割、裁判の仕方は政体によって大きく異なる。第11編第6章でも裁判役は当事者の「同格者 *pers*」(Na294) であることが指摘されていたが、ここでも「君主政においては裁判役は〔当事者と同格の〕仲裁人 *arbitres* の仕方をとる」ものとされ、この仲裁人たち (複数) の裁判の仕方が次のように説明され、ローマ、ギリシャとの違いが強調される。「彼らは合議し、互いに意見を交換し、たがいに妥協しあう。自分の意見を他人の意見に一致させるように修正する。少数意見は二つ〔賛否の〕の多数意見に合流させられる。このことは、〔古代の〕共和政の本性には属さない」と (Na164)。複数裁判役の「合議」の意味するところは、ゲルマン人の裁判ではトルコの総督の裁判とは異なり、ヨーロッパでは「裁判役は決して単独では裁判 (= 判決) しない」ことであると、後に繰り返し強調される通りである (EL28-42, 30-18, ; Nc250, 330)。

近代イギリスにおける議会のモデルが中世ヨーロッパにおける領主の下級裁判権 (16世紀の歴史家シャルル・ロワゾーのいう「村の裁判所」) であることは、モンテスキューがこれをヨーロッパにおける「一つの一般的な政治システム」と呼んでいることから明らかである。これが「政治システム」であるというのは、その原型が「ゲルマン人の慣行と慣習法」つまりゲルマン人の裁判集会 (政治集会) *mallus*, *Ding* にあ

り、この手続を領主が「篡奪」したとされてきたものであり、そこからより「一般的」なものに発展したとみなされるからに他ならない⁽¹⁶⁾。次章でみる、イングランドの下級裁判所の「人民的」「民衆的」な性格、立法権へのその発展というスミスの着目と構想も、もし偶然の一致でないとすれば、このモンテスキューの見方に倣ったものなのである。

2 アダム・スミスの転回——自然法論から比較法・法史学へ

『法の精神』におけるモンテスキューの議論が、政体論、それも比較政治論的ないし比較法的な政体論から近代的所有権形成史(封建制変遷史)だったとして、それがアダム・スミスの法学講義にどのような影響を及ぼしたのかが、次に考察されなければならない。先回りして結論をここで予告しておけば、Aノートで採用していた自然法論の枠組と4段階歴史論が、モンテスキューの比較法、とくにゲルマン法と「アラブ人およびタートル人」の法との対比から影響を受け、Bノートではモンテスキュー流の比較法に置き換えられ、「市民的統治」と「市民的」ではない統治の意味とが精密化されるのであるが、これによって「法学講義」の体系構想そのものが転換する、ということになる。

(1) 「正規の統治」あるいは「市民的統治」

まずは、この変化がモンテスキュー『法の精神』に触発されたものであったことの証徴を確認しておきたい。本稿の初めに掲げたスミスのBノートの記述(引用A)を、ここでもう一度想起しよう。「自然権の起源は、非常に明白である。……しかし、所有権のような取得権については、それ以上の説明が必要である」とそこでスミスは述べていた⁽¹⁷⁾。所有権はAノートにおけるような自然権、生得の権利ではなく、ここでは人が社会的行為によっていわば歴史的に獲得(「取得」)した権利として位置づけなおされているわけである。自然権は人間の「自然」つまり理性によって基礎づけられたものとして普遍的に形成されるものである。Bノートにおいても法学は「すべての国民」の法律の基礎であるべき「一般原理」を研究する学問である(Hb 17)という講義の自然法学的な目標は維持されているが、Aノートからもすでに知られるように、所有権はそのような普遍的な成立史をもたないこともスミスの認めるところとなっている。西欧では歴史的に、したがってまた論理的(自然法論的)にも、「所有が統治を必要なものとする」(Ha215, Hb31, 40)という連関が認められるのであるが、狩猟民 hunters ないし牧畜民 shepherds においてはそうではない。「狩猟民族においては、ただしくいえば、統治はまったく存在しない。」「狩猟民の間には、正規の統治 regular government は存在せず、彼らは自然の諸法に従って生活するのである。〔牧畜民における〕牛や羊

の群の領有 appropriation は財産の不平等をもたらすが、正規の統治を最初に成立させたのもそれである。所有 property がない限り、統治というものはありえないのであり、統治の目的はまさに富の安全を保障し、貧者に対して富者を防衛することなのである」(Hb39, 40, cf. Ha230)。Bノートでは、次に見るように、こうした比較論がローマ型とアジア型との比較という形に結晶化している (Cf. Ha248)。

[E] ローマに樹立された軍事的統治とアジアに樹立されたそれらとの間に、大きな違いがあることに注意しなければならない。ローマでは、征服するもの〔ローマ人〕もされるもの〔属州の他民族〕も、同じ国民であった。征服者たち自身は、これらの法律〔=属州の法律〕のいい効果に気づいていて、それらを廃棄しようとしただけでなく、改良したほどである。アジアの諸統治は、純粋に軍事的ではあるが、このようではない。トルコ、ペルシャその他の国々には、タタール、アラブおよびその他の野蛮民族に征服されたが、これらの野蛮民族は正規の法体系 regular system of laws をもたず、それらのいい効果を全く知らなかった。彼らはすべての公職に彼ら自身の国民をあてたが、彼らは自分の義務を全く知らなかった。トルコの高官や下級官吏は、あらゆることの決定的な裁判官であり、彼ら自身の管轄の中では、太守と同じように絶対的である。生命と財産は、このように最下級為政者の恣意に依存している限り、まったく不安定 precarious である。これより悲惨で抑圧的な統治は、想像することができない。(LJB46; Hb68)

極めて鮮明な比較法の図式が打ち出されているが、その特徴を3点にまとめて説明しよう。まず第1に、ここには西欧型という言葉はないが、西欧型がローマによって象徴的に示され、それがアジア型の統治構造と対比されていると見ることもできる。また、例示されているトルコにおける統治の構造は、官吏がそのまま同時に裁判官である、つまり司法が行政の一環として位置づけられている(統治権力そのものが西欧のようにまずもって裁判権であるという形をとらない、あるいは司法の独立がない)、従ってここでは、行政官(=裁判官)が、上からの行政命令以外の、「法」(法が定める「義務」)を知らない、というように理解することができよう。そうだとすると、ここに示されている図式は、ローマ・西欧型=軍事的統治+「正規の法体系」、アジア型=軍事的統治+行政規則、という比較法のシェーマとして把握することができる。前者の軍事的統治+「正規の法体系」は、その影響関係まで言えるか否かは別としても、前章で見たモンテスキューの方法論的枠組に比定して、「力の結合」+「意思の結合」、つまり「国家状態」+「市民状態」(市民法がそこから形成される)と理解することができる。「軍事的統治」つまりモンテスキューのいう「国家状態」の概念をあえてここに挿入することによって、「正規の法体系」(モンテスキューのいう「市民状態」)が際立っ

てくるわけである。こうした理解が可能だとすれば、他方のアジア型統治は、「法」なき（行政規則によって秩序づけられた）実力の支配とみることができる（そこにも、「正規」ではないが、「統治」そのものは存在する）。「国家状態」はあるが、そこには「市民状態」がない、というように見てもよい。こうした図式化から、「正規の統治」あるいは「正規の法体系」の含意を理解する手懸かりが得られるであろう。

第2は、「正規の統治」「正規の法体系」は、ほぼ完全にアダム・スミスの頻用する civil government つまり「政治的統治」あるいは「市民的統治」の概念⁽¹⁸⁾と重なりあうものだということである。Aノートでは、「法学講義」の開講冒頭に、「法学とは、国々の政治的統治 civil government がそれによって導かれるべき諸規則についての理論のことである」(Ha1) という定義が示され、次いでアジアのそれを含め「あらゆる統治」が意図する司法以下4つの事柄が説明されるのであるが、このくだりがBノートでは、アジア型統治をも意識して重要なニュアンスの変化を見せている。Bノートでもスミスはまだ自然法的普遍性の枠組を維持して、法学を「すべての国民の法律の規則であるべき一般諸原理を研究する学問である」(Hb17) とするが、そこでは「政治的統治」概念は消えている。グロティウス、ホッブズ、プーフェンドルフらの学説に触れたあとで改めて、「法学は、法と統治 law and government の一般的諸原理の理論である。法の4大目的は、司法 justice、公行政 police、公収入、軍備である。司法の目的は侵害に対する安全保障であり、それは政治的統治の基礎である」と述べられる (Hb23)。「政治的」統治は、「司法」が司法、つまり公行政以下の「統治」の諸項目とは区別された意味での justice として存在して初めて、可能になる⁽¹⁹⁾というように読めるわけである。Aノートのスミスのように、所有権ないし私法から法学講義を開始する場合も本来そうであるが、「政治的統治」があるかないか、ローマ・西欧型かアジア型かで講義の組み立て方が大きく変わってくることになる。

もっとも「政治的統治」は「正規の統治」と完全に同義とまでは言えない。「政治的統治」は、「正規の統治」といった、いわば価値判断（「正規」）のみを標識に立てた概念とは異なり、それ自身固有のニュアンスをもっているはずである。それが何であるかの最初のヒントは、Bノートの冒頭で法学体系の見るべき先例にふれた箇所、なかんずくホッブズの体系への言及に見出される。「彼 [=ホッブズ] は教会人たちに反対して道徳の1つの体系 a system of morals を樹立しようと努力したのだが、その体系によれば、人々の良心は〔教会ではなく世俗の〕政治権力 civil power に従属させればよく、またその道徳体系は為政者の意思を行動の唯一の正当な規則とするものであった。スミスによれば、政治社会 civil society の確立以前には、人類は戦争状態にあり、人々は自然状態の害悪を避けるためにすべての争論を処理すべき一人の主権者に服従するという契約を結んだ。「この主権者の意思への服従が、政治的統治 civil government を成立させたのであって、それがなければ〔道徳原理としての〕徳というものはありえ

ず、従ってそれはまた徳の基礎であり本質なのであった」(LJB2-3, Hb19-20)。『リヴァイアサン』においてホッブズは、この主権的権力確立の次第を「2つの道」、「設立 Institution によるコモン・ウェルス」と「獲得 Acquisition によるコモン・ウェルス」によって行われるものとして展開していた⁽²⁰⁾。後者の「獲得によるコモン・ウェルス」は、形式的にコモン・ウェルス的一种として位置づけられてはいるが、本来、「政治的コモン・ウェルス」の種類は君主政、民主政、貴族政の3つしかない。「獲得によるコモン・ウェルス」は厳密には国家 common-wealth というよりもむしろ「支配 dominion」そのものの体制(すなわち domus, dominus の秩序、すなわち家的な秩序的一种)、「父権的および専制的支配 dominion paternall, and despotical」「召使いに対する主人の支配」として説明されるものであった(『リヴァイアサン』第17~20編)。単なる「支配」(つまり非政治的秩序)ではない「政治的統治 civil government」は、ホッブズにあっては、「合議する人民の同意 consent」を含意するこの著作全体の基本概念であって、スミスの「正規の統治」「正規の法体系」はこれを受け継ぐものなのである。ホッブズの政体論は専制政体概念(「2つの道」論)を含めて、まだアリストテレス以来の古典政治学(Politica, 1285a)の軌道上にあるが、モンテスキューはのちにこれを共和政、君主政、専制の3政体論へと再構成するであろう(3政体論ではあるが、制限政体としてのギリシャ・ローマ型=共和政および西欧型=君主政とアジア型=専制とへの二分化をも含意する)。アジア的専制は、ホッブズが同意概念と対比し「恐怖」を原理とする政体そのものとして、政体論外の概念から、ここモンテスキューにおいて初めて政体論内部へと包摂されることになる。スミスのアジア型・ローマ西欧型分岐論は、まさにこの他に類例をみないモンテスキュー理論に接続することになるわけである。スミスの講義体系は、この点においても比較法学的である⁽²¹⁾。

第3に注目すべき点は、官吏が行政の一環として行う裁判の下では「生命と財産はまったく不安定 precarious である」というときの precarious で、これも、スミスがここで偶然に採用した用語法とは考えられない。というのも precarious は、ローマ法概念のプレカリウム precarium (容仮占有)から派生した形容詞で、法学的にみて〈アジア型〉の法の構造にかかわる重要な含意を有し、この概念の採用には重要な判断が絡んでいると見てよいからである。モンテスキューは『法の精神』における政体論、なかならず専制政体の法構造を論ずるかなり目立った箇所(第5編14章)で、これと同じく「トルコ」の国制に触れたあと、「あらゆる政体の中で、君公が自分がすべての土地の所有者であり、すべての臣民の相続人であると宣言する政体ほど自分で自分を疲労させるものはない」と述べ、そのあと直ぐ、この国有地の大部分は役人たちによって「容仮(プレカリウム)的に占有されている sont possédés d'une manière précaire」に過ぎない⁽²²⁾と、その理由を記している(EL5-14, Na138-139)。

念のために、この「トルコ」における、土地の国家的「所有」と「容仮的」占有と

いった構造の把握がモンテスキューから採られたものであることを傍証する明瞭な表徴を『法学講義』A・B両ノートで確認しておこう。その表徴というのは、端的に「タタール(人)、アラブ(人)」というまことにユニークな対語に他ならない。これは、じつは本稿前節で触れたところであるが、モンテスキューが『法の精神』第18編第13章において、古ゲルマン人とともに「[ローマのように]土地の分割(分配)を行わない国民」としての論じた、あの「アラブ人、タタール人」(EL8-13; Nb126-127, 131)という記号を引き継ぐものである。この第18編第13章は、モンテスキューがフランスにおける近代的所有権形成史の密かな伏線を敷いた場所であるが、スミスは過たず確実にそれを踏まえているわけである。「タタール、アラブ」の対語は、Aノートではとくに頻出し(Ha12, 224, 227, 232, 238, 250, 253)、Bノートでも本節上引のローマとタタール・アラブ民族との比較論ほかで重要な意味を引き続き担い(Hb49, 51, 68)、さらには『国富論』第5編第1章にも(KⅢ344, 345, 359⁽²³⁾)引き継がれるものであって、スミスがたまたま単発一過的に使用した用語法ではないことは確かであろう。この使用例を『国富論』まで時系列に沿って追ってみると(前引のBノートにおけるローマとの比較論 Ha68の原型はAノートではHa253に見られる)、Aノートでは、いずれかといえばタテの歴史4段階論(狩猟、牧畜、農業、商業)の中に位置づけられていたかに見える「狩猟民」ないし「牧畜民」としてのアラブ人・タタール人の特質が、Bノートでは明確にアジアの「民族 nation」のそれとして、アテナイやローマあるいはとくに「土地の分割」の有無に関わる「ヨーロッパの近代的諸統治」(Hb73)などとの、いわばヨコの比較論へと移し替えられていることも注目されよう。スミスにおけるモンテスキューの文脈の受容が時を追って進行しているわけである。

モンテスキュー的な比較統治形態(政体)論ないし比較法(法律)論の受容はスミスにとって何を意味したかを、「法学講義」の体系に即しつつ、この問題の最後にかんがえてみよう。それは、結論からいえば、中世の領主権 *dominium*、その実体的内容としての裁判権 *jurisdictio* に歴史的起源を有するところの、土地所有権 *dominium, proprietas* の「政治的」機能に着目し、それを比較法学的にみた「イングランドの法律」の特質把握の軸にすえるという見地の樹立であった、と筆者は考える。以下、この問題を3点に絞って考えてみよう。

まず第1は、Bノートで私法に前置された公法論が何を論じたものか、を確認しておく必要がある。BノートではAノートには無かった「法学講義」全体への「序論」が加えられ、また「司法」という公法・私法を含めた法の体系(第1部)全体への導入部分が挿入されている。「序論」ではグロティウス-ホッブズ-プーフェンドルファー-コッケイの系譜が法学の体系に関する過去の学説として回顧されるのであるが、スミスはここで『法の精神』開巻後すぐにモンテスキューがホッブズ理論を批判していることを意識している。これは、モンテスキューの文脈(政治社会成立後の歴史として

捉えるべき戦争状態を自然状態として想定することへの批判 Na45, 46) を見ても分かるように、公法論への導入にあたって、自然状態から国家状態へという自然法学的・契約説的枠組から脱却して、国家の成立を現実の歴史過程として叙述する立場を明らかにする前置きに他ならない⁽²⁴⁾。「司法」の叙述も、自然権との対比で、「所有権」が歴史現象(「取得権」)であることを確認することに主眼がある(Aノートの該当部分 Ha5-6 ではこの把握がいまだ明確にはなっていない)。「所有権」の形成がそこから、「公法学」において(モンテスキューでもまずは「国制の法律」上の現象とみなされ)、封建制の歴史として検討されるのも、モンテスキューと同じである。

第2は、上述の「アラブ人、タタール人」論のもう1つの側面として、スミスはモンテスキューと同様に、ローマ・西欧型の国家形成を、ローマ共和政の成立史ではなく、また4段階歴史論でもなく、西欧とりわけイングランドの封建制の歴史として論じているということである。この方法ははやくもAノートで実質的に採用されているのであるが、そこでは、封建制が、ひとつには近代的所有権の形成史として、ローマ法の細目との煩雑な比較論を交えながら(Ha32, 45-46, 49-60, 75-77, 79-80)、もう1つには国家の歴史的成立の問題(Ha259-284, 287-306)として、大枠で見ても二回繰り返して検討されなければならなかった。「政治的統治」の成立という問題が、「アラブ人、タタール人」論を軸とする比較史の問題として処理されれば、封建制は事実上、どちらかの問題に寄せて(Bノートでは公法学つまりイングランドにおける政治的統治成立史として Hb73-123) 1回だけ論じられればよいことになる。叙述がこうして整理され圧縮されることになる。

第3は、その封建制の歴史の中身の問題である。この問題に関しては、AノートとBノートとの間に大きな違いがある。Aノートはいわば裁判権中心の叙述であるのに対して、Bノートは、この裁判権の検討が脱落するわけではないが、立法権ないし議会主権収斂型になるのである。

(2) 所有権(領主権)・裁判権・議会

Aノートから見よう。「政治的統治」の前史、とくにイングランドにおける封建的統治の生成(「導入」と衰退の過程は、裁判制度の変遷の問題として叙述される。封建制に先立つ、封建的諸負担をまだ負うことのなかった自由所有地的統治 allodial government の段階においてすでに、支配者たち lords は行政的統治者ではなく、まずもって「裁判官 judges」であったとされる。この、領主 lord がほんらい裁判権の担い手であるという構造は、封建制導入後も領主裁判権 feudall jurisdiction において維持された。イングランドではまた、この裁判権が、賢人会議 Wittenogemot など参加の形式をとりつつ「民衆的要素」を保持し、「国制の民主的部分」として存続したというのである(Ha 260, 261, 266, 266-267, 271-273, 292-296, 300-306)。

〔F〕 ギリシャの諸国家において統治が共和政的王政、すなわち頂点に王をいただく貴族政であったのと同様に、〔封建制の導入後〕ヨーロッパの統治は最初は、頂点に王を頂く民主政であったが、この政体は、自由所有地的統治の下においてさえ貴族たちによって大いに掻き乱され、封建的統治がヨーロッパ全体に導入されると、イングランド以外では完全に転覆されてしまった。……〔住民中の有力者が、ギリシャのように王の権力を完全には除去できなかったのは、ギリシャの諸ポリスと異なり〕ヨーロッパの諸国は大国であり、有力者たちはそこへ散在していたので、一箇所に集まって自分たちの力を結合して国王に対抗する機会がなかったからである。彼らがなしたものは、〔かつて封建制導入以前に存在した〕国制 constitution の民主的部分を廃止し、貴族的君主政を樹立することだけであった。これはあらゆる国で行われたが、例外はイングランドであった。そこでは民主的裁判所〔=古来の民会 folk-moot の伝統を継ぐ共同体裁判所 communal court⁽²⁵⁾〕がずっとあとまで存続し、通常通りその任務を果たしていた。そして、長期間開廷されていないが、今日でも州裁判所 county court は、依然として法律によって存続が認められているのである。マグナ・カルタにより、重罪や反逆罪などのより大きな事件はそこでは取り上げられないことになっていた。この州裁判所はより小さな訴訟事件を扱っていたが、やがて治安判事 Justices of Peace の制度が設けられると、彼らのはるかに迅速かつ器用にこれらの事件を処理するようになった。〔他方、国王自身の裁判権についていえば〕国王の大裁判所は王から直接受封している者〔=barons 直臣たち〕から構成されていた。こうして王国は一大封土 fief とみなされ、その業務は封土を保有する者たちによって運営され、彼らすべての所有や生命に関わる事柄はいずれも、彼の首長か同輩である領主たちによって審理され、同様に〔各地の〕バロン裁判所〔=封建裁判所〕の業務は、彼の封地を保有する者によって運営されることになったのである。(LJA149-151; Hb271-272)

Bノートでは、この「国制の民主的部分」を含め、封地（領主権）すなわち裁判権という把握はやや後景に退き、封建制と司法権の変遷が「立法権」の形成に繋がったという、歴史の別の側面がクローズアップされる。この文脈から2箇所を引用しておこう。

〔G〕 イングランドでは、いや実に全ヨーロッパでは、封建法が導入されてからは、王からの直接受封者 baron がその裁判権 jurisdiction においてなしたように、王国全体が統治され司法が運営された。領主に属する領地〔=州 county〕内のすべての事柄を〔このバロンの〕執事が処理したように、王国内の万事を王の最高法官

the Grand Justiciary が処理したわけである。最高法官は州長官 sheriff その他下級官職を任命した。最高法官はじぶん自身が大領主 great lord であり、イングランド以外のすべての国で、その職務の權威によって国王のように強力になった。(LJB64; Hb422)

〔H〕 それ〔国王の裁判権〕はやがて絶対的になった。〔立法ではなく裁判実務に由来するところのコモン・ローが支配してきた国イングランドにおいては〕立法権力は、それが導入されたときはつねに絶対的であったが、社会の初期にはそれ〔立法権力〕は存在しなかった。立法権は司法権力の成長から〔司法権力へのいわば対抗力として〕発生したのである。司法権力が絶対的になったときには、裁判官は見るだけでも恐ろしいものであって、〔庶民 commons の〕生命、自由、所有が彼次第であったからである。タキトゥス〔実は別人?〕によれば、〔ローマの〕クィンティリウス・ワルスがゲルマン人の一部を征服したとき、裁判所を設立して彼らを〔ローマの civitas と同じような〕政治社会に導こう civilize としたとき、これが彼らを刺激して、彼らがワルスとその軍隊を虐殺したほどであった。粗野な民族にとって、裁判官の姿は、この世で最も恐ろしいものだったのである。従って〔とくに庶民の〕所有 property が拡大されたときは、彼ら〔裁判官たち〕がしたがうべき厳しい規則を指示することによって、彼らの恣意的な決定を抑制することが必要になった。こうして立法権力が司法権力に対する抑制として導入された。ブリテンでは、国王が絶対的な行政権力と司法権力をもつ。しかしながら〔「所有権の代表⁽²⁶⁾」としての〕庶民院は王の大臣たちを弾劾することができるし、彼が任命する裁判官は、そのご彼から独立する。立法権力は〔議会主権 King in Parliament の概念が示すように〕国王と議会にあって絶対的である。しかしながら、統治がいかなる原理にもとづくにしても、権限濫用 abuses が抵抗を疑いもなく合法的なものとするような場合が存在するものである。(LJB92-93; Hb122-123)

イングランドの司法権力が「絶対的」になり庶民の「生命、自由、所有」が危険に曝された(引用H)というのは、テューダー朝絶対王政、直接的には暴政的(非司法的)裁判所といわれる星室裁判所⁽²⁷⁾の強化を指すものであるが、議会制定法による星室裁判所の廃止(1641年)に至る経緯を、スミスは、裁判権そのものの変容というよりも、これも「民主的裁判所」と無縁ではないが、古来の「国制の民主的部分」を引き継ぐ議会=立法権力(引用F)による司法権の抑制という文脈で説明しようとするのである。

ここで、引用FとG・Hがそれぞれどのようなニュアンスの違いを有するかについ

て考察するために、モンテスキュー『法の精神』におけるフランス封建法史 *lois féodales chez francs* 研究の含意をもう一度検討してみよう。この歴史を主題とする同書第30編、第31編が「フランス法」、その中核的概念としての近代的所有権形成史であることはすでに見た通りであるが、ここでは、この両編がそれとパラレルに、領主権の内実をなす「裁判権」の変遷、とくにそのゲルマン的伝統を検討するものともなっていることに注目しよう。

モンテスキューはここで、フランス法学の伝統とはやや異なる見地から、「封地を有する者は裁判権をも有する」ことを強調し、フランスではとくに裁判権が領主の家産として定着したという見地をうち立てた (Nc205, 341, 342, 350, 415, 455)。この意味での領主裁判権の特質を彼は、一面では裁判組織自体を、政治権力の一環というよりもむしろ「同輩たち *pairs*」によって構成された「仲裁人」の原理 *la manière des arbitres* にもとづくものとして捉えるが、同時に他面で、「一人では裁判〔判決〕しない」といういわば合議制の民主的構造を有していたことを重視し、繰り返し強調する (Na164, Nc202-208, 215, 249-250, 328-329, 372-375. cf.Na284)。こうした裁判権の特質を彼は、サクソン人やノルマン人においても共有されることを念頭におきつつ、「ゲルマンの森に起源をもつ」もの、「ゲルマン人の慣行と慣習法との奥底」に起源を有するものと認め、フランス各地だけでなく、非常に多くの諸王国において「1つの一般的な政治システム」を創ったとさえ記したのである (Nc328, 330, 343)。この一般的な「政治」システムを、モンテスキューが中世の「封建的」統治の胎内に宿った、フランス国民 *la nation* の「市民的 (=政治的) 統治 *gouvernement civil*」 (Nc378)、とも呼んだことが、ここで記憶されてよいであろう。

このように歴史を遡及していけば、権力分立理論を説いたものされる『法の精神』第11編「イギリスの国制について」の章においてモンテスキューが、古代の作品であるタキトゥス『ゲルマニア』をあえて想起しつつ、「イギリス人がその政治的統治 *gouvernement politique* の観念を引き出したのは、彼らゲルマン人からである」 (Na306) ことを、とくに付言していたことがさらに想起されよう。この指摘はしばしば「議会」制度そのものの起源に係るものとして解釈され批判されるものであるが⁽²⁸⁾、ここでモンテスキューが念頭においていた「政治的」統治の観念、すなわち「政治的なもの」、あるいはデモクラシーの概念とは、英国議会の起源というよりは、むしろ遠くヨーロッパの古代、封建法の始原と訴訟の構造に由来するものとして理解されるものである。スミスがノルマン征服以前の州裁判所・同議会、国王裁判所の構造について、ブルグンド族およびゴート族 (南仏) における統治の在り方をも視野に入れながら検討し、そこにおける賢人会議 *Witenagemotout* の役割に注目していること (Hb258-260) も、これと軌を一にするものであろう。

こうして見れば、スミスの『法学講義』がモンテスキューの『法の精神』とが、少

なくとも公法から私法へという展開の順序だけでなく、近代的な所有権制度の成立、議会を含む近代的な「政治的統治 civil or political government」の形成などの構成の点で、多重的な並行関係に立っていることは、もはや疑いえないであろう。引用H中でスミスは繰り返し「裁判官の姿は恐ろしい terrible」と述べているが、これが、イギリスの国制に関する章でモンテスキューが記した、裁判権力は「人々の間でひどく怖れられて terrible いる」(Na294) という文言を強く意識したものであることも、こうした関係を傍証するものである。

スミスの「法学講義」にとって範型となったモンテスキューの私法・公法関係に関する枠組の問題を、本章の締め括りとしてまとめておこう。

『法の精神』においてこの点でもっとも抽象度の高い枠組は、引用C・Dで見た、「国家状態 état politique」から「市民状態 état civil」へ、というものであった。この図式は、グラヴィーナから得られた、ローマ史における共和革命・十二表法(前509年～450年)の画期に係る認識、すなわち王政から共和政と市民法の成立へ、という経緯を理論化したものとも言える。モンテスキューにおけるフランス封建法史研究は、この図式に即して、「政治的王政 monarchie politique」あるいは「政治的統治 gouvernement politique」(フランク時代)→「封建的王政 m. féodale」ないし「封建的統治 g. féodal」→「市民的統治」(Nc378, 396, 452)、という3段階を枠組としてなされている。この場合、「政治的 plotique」という形容詞は力による結合を、「市民的 civil」は意思の結合を、すなわち共和政体(混合政体であればその内部で共和政的契機が優越する政体)と市民法の成立を、含意する。その際、「市民的統治」を前提とする場合には、国家についてマキャヴェッリ的な état (=stato) ではなくケケロ的な cité (=civitas) の用語が使用される(Nc105-106)。この諸段階を、フランスにおける所有権法の定位に即してみれば(上引Bの前半)、封地(近代的所有権の祖型)は、初めはもっぱら公法すなわち「国制の法律」に属していたが、やがて「国制の法律」と私法すなわち「市民(民事)の法律」との双方に、最後に私法すなわち「市民(民事)の法律」に定位するようになった、とモンテスキューは言う。こうした段階的発展を支えたのが、ヨーロッパ的(ゲルマン的)な裁判権と訴訟の構造であった。「[制定法であれ慣習法であれ] 実定法 la loi positive に先立ってまず[人の意思によらない必然的な] 衡平の関係が存在し、この関係を[まずは裁判を通じて、やがて立法によって] 実定的な法律が確立 établir する」。というのもほんらい「法律あるいは法則 lois とは事物の本性に由来する必然的な関係なのである」(EL1-1, Na39, 41)。ケケロが言うように、「国家 cité は各人がその財産を保全するためにのみ設立された」のであるが、これはホブズという「設立による」(すなわち市民たちがその意思の結合によって設立しうる) コモン・ウェルスについて格率であって、そこでは、「市民(民事)の法律 lois civiles は国制の法律 lois politiques に依拠している」(EL29-13, Nc273) というべきなのである。アダム・スミス

が受け継いだ、西欧的法認識の学の遺産は、大きく堅固なものだったわけである。

3 専制ロシアにおける公法と私法

アダム・スミス『法学講義』の構造の意味を考察することを本題とする小論において、ホッボズ、モンテスキューそしてモンテスキューが「市民的 civil (=政治的) 統治」の対極においた「主人的 despotic (=専制的)」な統治ないし支配の問題を正面から扱うことはここでは——スミスが私法・公法の順序逆転後のBノートにおいてそれをいまや極力避けようとしたことから見ても——、荷が勝ちすぎる。だが、これら諸家において常に、専制的統治への視線が市民的統治の認識を精確化するための重要な足場であったとすれば、本稿の最後に、ここで獲得しえた視角から、それにささやかな照明を当てることも無益ではないであろう。本題との関係では、われわれの関心を引くもう1つの問題がある。専制ロシアの法については、まったく別の意味において、公法優先の見方が存在するからである。

(1) ヴラヂーミルスキー=ブダーノフ『ロシア法史概説』(1915年第7版)

ここではロシア法全体の構造を歴史的に概観するという目的で、ヴラヂーミルスキー=ブダーノフの『ロシア法史概説⁽²⁹⁾』を考察の材料として取り上げよう。この本の初版は1886年初版、大学法科の「教材」として編まれ、ロシア史学の思想に関わる作品としてはさほど重きをなしたようにも見えない⁽³⁰⁾が、ほとんど唯一の法制通史として増補と版を重ね、最終は第7版で1915年刊、全699頁の大冊となっていた。

『ロシア法史概説』全体の構成は、それ自体たいへん特徴的なものである。大枠でみれば、叙述は公法(国法)から私法へと展開される。すなわち全体は2部に分かれ、第1部では「ロシア国法史」がロシア史の3段階(キエフ期、モスクワ期、帝国期)の各段階ごとに、領土、住民、権力、行政、立法の順で説明される。第2部では、まず「刑法史」が3段階の段階ごとに、次いで「民法史」が法的人格 лица、家族法史、相続法(3段階)、物権法(3段階)、債務法、ロシア訴訟史(3段階)の順で説かれる。物権法の内容はほとんど所有権であるが、位置づけからしても紙幅からしても、「憲法全体がときには物的財産法〔すなわち土地法〕の付録にすぎないようにみえる⁽³¹⁾」とされるようなイギリス法史と比較するのは困難であろう。紙幅上も最も充実しているのは第1部の国法史であって、頁数でみて全体の4割強、所有権等を扱う「物権法」は80頁で、全体の約1割を占めるに過ぎない。所有権法はむしろ国法の「付録」なのである。

「所有権と政治的統治」の視角から公法と私法との関係を考察するという小論の課題に照らして、この本から、ロシア法史の要約を、次に引用しておこう。これは、開

巻間もなくなされているロシア法史の「段階区分」に関する叙述である。

〔I〕 第1期〔諸公分立のキエフ時代、「タタールのくびき」以前、9～13世紀〕には、国家的原理 государственное начало と私的原理 частное とは同格であった。原初の社会は血縁の型にしたがって構成され、¹⁴家¹⁵семья 内においては家長 домовладыка の権力は公的 общественная でもありまた私的 частная でもあった。〔ノヴゴロドの使者がノルマン公にルーシの統治を乞うたときに使用したという〕「ヴォロヂェーニエ володение (統治=所有)」という古概念においても、国家権力=インペリウム imperium と私的権力=ドミニウム dominium とは分化していない。君公の権力 власть княжеская は、私的な遺贈・遺言によっても人民の選出によっても取得しえた。貢納は¹⁶公¹⁷князья によって私的な収入のように集取され、この収入を公は(その私的目的に従い)従者の給養その他の社会的需要のために費やした。慣習法支配の下では、一般的な法規範は個々人の私的な行為にそれとして現れるだけであった。権利の刑事的保護においては、復讐が被害者の私的感情の満足でもあり、また復讐者の手による公的 общественное な反撃でもあった。私法の領域においても、自然人概念 физическое лицо はまだ析出されておらず、家族的、氏族的、共同体的な結合体に覆われており、これら結合体の外部では人は権利能力を失った(ロシアのイズゴイ изгой 概念はここに由来する)。相続法においても、遺言は法定相続と一体であり、個人の意味は社会の意味 воля общественная と融合していた。

第2期〔モスクワ・リトアニア時代、「タタールのくびき」とそれ以後、14～17世紀〕において、国法 государственное право〔すなわちドイツでいう Staatsrecht の意味での公法〕と私法とが次第に分化する。だが、国法・私法の旧来の混淆は残り、モスクワ国家においては国法が私法の型に即して形成された。ここでは国家の領土〔という国法概念たるべきもの〕が〔大公・公の私領たる〕¹⁸父祖¹⁹伝来地²⁰вогчина〔という私法概念〕に比定され、住民が〔国家ではなく〕都市、新開地 посад そして村〔などの共同体〕に緊縛され、国家行政 управление が〔家内における〕扶養 кормление の性格を有するものとなっている。〔西欧と同様に封建制が行われてきた〕ロシア領リトアニア国家においては、逆に〔ロシア本土にはみられない封建制に照応して〕私法が国法の型に即して構成される。そこでは私的な伝来地がその領地における司法・行政の政治的権限を有する、つまり政治的権限が私法上の権利に依存し、土地所有者にのみ国家勤務と政治活動の権利が帰属する。

第3期〔ロシア帝国時代、18～19世紀〕には、国法は、私法的な不純物からの完全な浄化をめざす。ここでは、最高権力 ²¹верховная ²²власть の本質が国家権力として法律において規定され(ピョートル1世治世)、帝位継承法が制定される(パー

ヴェル2世治世)、諸身分が〔あれこれの形で国家勤務から〕解放され(貴族と町民はエカチェリーナ2世治世、農民はアレクサンドル2世治世において)、家族の諸権利〔年少者の財産権など〕と所有権 *права собственности* が確立される(エカチェリーナ2世治世)。(VB4-5)

「国法」と「私法」という枠組の3段階的変動によってロシア法を通史的に鳥瞰するという枠組自体に、19世紀ロシアにおける国家学派史学の特色がとくに明瞭に現れている。とくに注目すべきは第2段階の把握であるが、『ロシア法史概説』の別の箇所、物権法史に関する叙述の結論部分でヴラヂーミルスキー=ブダーノフが反復しているほぼ同趣旨の通史的叙述では、「モスクワの君主たちは自分たちを、〔父祖 *отец, отцы* 伝来の領地(オッチナあるいはヴォッチナ *отчина, вотчина*)をすべて自ら単独で所有するという意味において〕唯一の高権的な土地所有者 *единные верховные собственники* と見なした」(VB589)ことが指摘されている。統治権力が同時に国土全体の所有者でもあるという国家的土地所有の構造は、伝統中国の王土論と同様に、封建国家の対極に位置づけられるべき東方的な家産制国家 *Patrimonialstaat* の特質をなすものに他ならない⁽³²⁾。この構造を、ヴラヂーミルスキー=ブダーノフは「私法の型」に即したものと捉えるのである。ここには国家を「公的なもの」として観念する前提が存在しないわけである。これはひとりヴラヂーミルスキー=ブダーノフの方法に限定されるものではない。モスクワ時代をこうした方法で把握する立場は、ロシア史全体を家族(家)→市民社会→国家の3段階で捉え、モスクワ国家を「私法が支配した時代」とみる19世紀ロシア国家学派史学(ソロヴィヨフ、カヴェーリン、そしてチチェーリン)の見地⁽³³⁾を直接に受け継いだものである。

ロシアにおいて学問は「公的なもの *res publica*」「共和政 *res publica*」「公法 *ius publicum*」の概念が、そもそも欠けている。公法/私法あるいはインペリウム/ドミニウムというローマの概念を写そうとして選択された「国法」「私法」という対概念にはおのずからエタティズムが付きまとうが、そのごちなさは、封建制下では領主権 *Grundherrschaft* すなわちドミニウムが政治機能をもつこと⁽³⁴⁾を言おうとするときに極まるであろう(リトアニアでは「私法が国法の型に即して構成される」「私的な伝来地が司法・行政の政治的権限を有する」と表現せざるをえなくなる)。モスクワ大公・ツァーリの国家を「私的なもの」とみなす立場は、むしろ史料そのものにおいて君主の家(私的なもの)と公的・公共的な国家との区別を読み取ることができないという事情にもよるが、同時にまた学問の方法においても、「政治的 *civil, political* なもの」「政治社会 *koinonia politike; societas civilis*」あるいは「公的・公共的 *public* なもの」を認識するプラトン/アリストテレス以来の古典政治学とローマの法学、さらにまたラテン教会、そしてルネサンス人文主義の伝統とは、ギリシャ教会の伝統に立つ東方の国ロ

シアが遮断されてきたという事情とも、関連している。

ロシア法史第2段階から第3段階への移行を、ヴラヂーミルスキー=ブダーノフは「領主・家父長型の国家 *вотчинное и патриархальное государство* から行政国家 *полицейское* [=Polizeistaat] への転換」(VB226)として捉え、それを次のように評価する。「市民の個人的諸権利も〔君主の私的権力から〕解放され、先行する時代に形成された、市民たちの条件的・制限的な物権諸関係は、完全な所有権 *полное право собственности* にまで到達し、初めはいくつかの階級に限られるが、やがて万人にそれが及ぶ。こうして、人間社会の最高の勝利の1つが次第に達成される」(VB589)と。この到達点はすぐ後に、これも人類解放の旗を掲げつつやがて崩壊することになる革命によって、遠く越えられてゆく。「行政国家」が人間社会史の勝利だという自己意識に、彼と彼が依拠していた国家学派史学の射程があらわに表出されているわけである。

(2) スペランスキー「国法典序説」(1809年)

スラヴ派の歴史家ヴラヂーミルスキー=ブダーノフの著作は、上に考察してきたように、西欧精神史とは大きな隔絶を見せるものであったが、18世紀初頭以来の改革運動は、ピョートル改革そのものがすでにそうであったように、実はむしろ逆にヨーロッパの思想を摂取することには極めて積極的であった。エカチェリーナ2世のヴォルテル、ディドロとの交流や、法典編纂訓令 *Наказ* (1767年)におけるモンテスキューへの傾倒⁽³⁵⁾などはよく知られている。この系譜を19世紀前半に引き継ぎ、統治機構改革および法典編纂の事業を事実上ほとんど単独で担って、民法典(ロシア帝国法律集成第10巻第1部。本稿では以下「スペランスキー法典」と呼ぶ)の編纂に成功したミハイル・スペランスキーの法学思想の一端を、1802~1809年の記録⁽³⁶⁾、とくに皇帝アレクサンドル1世に提出された「国法典序説」に即し、公法・私法問題に関わる限りで見とみることにしよう。

ピョートル大帝以降の改革、とくにエカチェリーナ2世による「貴族の解放」の成果、すなわちヴラヂーミルスキー=ブダーノフがああ「人間社会の最高の勝利の1つ」と呼んだものをつとに、「わが国の法律はアテナイやイギリスで起草されたが、〔現存の〕統治様式はトルコ〔オスマン帝国〕仕込みである」(Sp140)と評していた。既存の改革がすべて表面的・形式的なものに流れ、実質が伴っていないという趣旨であろう。ロシアでも一般的な国家定礎 *общее государственное постановление* に先だって「国法典 *Уложение государственных законов*」が必要とされる理由がそこにある。ここで「イギリス」が出てくるのは、スペランスキーがジェレミー・ベンタムとデイヴィッド・ヒュームの所説に執心していたからであり⁽³⁷⁾、「トルコ」との比較は彼の思考方法がモンテスキューの一専制国家論に多くを負っていることを示している。

1802年の「いまいちど自由と奴隷状態について考える」という覚書において、スペ

ランスキーは「政治的自由と市民的自由」の関係を考察しようとして、マムルーク朝における奴隷の反乱に触れた『法の世界』第15編第13章の叙述を、仏文のまま要約し記録している。専制政体においては、「国家のうちに確立された政治的隷属状態 *esclavage politique* があるので、市民的隷属 *esclavage civil* はほとんど実感できなくなる。自由人 *hommes libres* であると呼ばれている人々も、この呼称をもたない人々より自由であるというわけではない。自由な人間の状態はと奴隷の状態は、ここでは著しい程度に一致している」(Sp84)、というように⁽³⁸⁾。モンテスキュー自身は、専制の場合とは異なり、制限政体においては「政治的自由 *liberté politiaue* が市民的自由 *liberté civile* を貴重なものとしている〔市民的自由が存在して初めて政治的自由も可能になる、という関係がそこにある〕。すなわち、市民的自由〔=市民権すなわち国籍〕を剥奪された者は政治的自由をも剥奪されることになる」(Nb68)、とも書いている。スペランスキーにおいて、専制の社会構造を認識するうえで重要な視角が、ここで設定されることになる。彼はまさしくここから、専制国家ロシア、その国法典においては、政治的自由が市民的自由すなわち財産関係を基礎づける(べきである)と考えるのである。

スペランスキーが「国法典序説」において、国法典の体系を確定する次第を見てみよう。長くなるが、国制理解、君主の最高権力(大権)と臣民の権利、公法と私法との関係などに関する彼の思考方法、つまりホブズ、ロックの契約説やモンテスキューの「国家状態」「市民状態」枠組(公法・私法関係論)に代わるスペランスキー自身の法理論、をかなり明瞭にたどることができる文章なので、厭わずに引用しておこう(スペランスキー自身が手稿用紙の欄外等に注記した文章を()内に、またいちど書いたのちスペランスキー自身が線を引いて抹消した部分は編集者による復元を〈 〉内に、大江による補足を〔 〕内に示す)。

〔J〕 根本法 *законы коренные* の一般的な規定対象をなす国家の諸力は、2つの状態、すなわち結合 *соединение* 状態と個別分散 *личное разделение* 状態とにおいて考察することができる。結合状態においては、これら諸力は *державная власть* および政治的諸権利を構成する。大権から法律とその執行とが生じる。分散状態においては、国家諸力は臣民の諸権利を生み出す。〈法律が最高の権限と臣民とを結合する。法律がなければ、すべては一方の側に留保され、無政府状態か専制が生まれる。無政府状態とは、国家的諸力が分散していることを言うのである。国家諸力の起源と生成について〔何か言わなければならない〕。国家諸力 *силы государственные* は結合してのみ作用しうることの証明〔をしなければならない〕。分散状態において〔各人のもとにある〕国家力は理性と意思である。各人は自らの法律をもち、それを各人の裁量によって執行する。政治的自由がないとき、市民的自由はどれほど容假的〔不安定〕になるか *A quel point la liberté civile est*

precaire sans liberté politicaie。無制限の権利とは暴力である。もし大権の諸権限が無制限であれば、国家諸力が大権へと結合して、臣民にはいかほどの権利も残さないのであれば、国家そのものが隷属状態にあり、統治は専制的だということになる。

隷属状態 рабство は2様、すなわち政治的であると同時に市民的でもありえ、政治的だけのこともありうる。前者は、臣民が国家力に一切関与しないというだけでなく、他の臣民との関係において自らの一身および財産を有さないような場合である。第2の隷属状態は、国家力には関与しないが、一身 лицо と財産 собственность について自由を有する場合である。(ロシアでは農奴は第1の状態にあり、国家全体〔厳密に言えばそのうちの貴族身分〕は第2の状態にある。トルコには農奴は存在しないから、隷属状態は第2の種類のものである。)

ここから、大権の下でも、臣民の手もとに残された国家力は2様である。一つは彼らが結合して行使するものであり、もうひとつは各人が独自に行使するものである。第1の力から臣民の政治的諸権利が生まれ、これが国家力への彼らの関与の程度を規定する。第2の力から市民的諸権利が生じ、これが彼らの一身および財産の自由の程度を規定する。市民的権利は政治的権利がなくとも存在しうるが、この状態での市民的権利の存立は確実ではありえない。事実、市民的権利はその本質において、分離して各人自身について作用するところの政治的権利に他ならない。この政治的諸権利の分離的作用は、その結合的作用を前提するの如果不是、いかなる確実性ももちえないであろう。(例えば、売買契約は市民的権利である。政治的法律が裁判とその違反に対する刑罰を定めないとすれば、いかなる民事契約も確実ではなくなるであろう。このように、市民法ないし市民的権利は政治法ないし政治的権利に基礎をおいている。契約によって義務を負っている人が、この契約をいやいやながらも正確に遵守しようとするのはなぜか。刑罰 наказание を怖れるからである。だが刑罰を定め執行するのは私人ではあるまい。)それにしても、あらゆる所有権は神聖であると政治的法律が定め、この法律を施行せしめる政治権力がないとしたら、この市民的権利はいかなる確実性をもちうるであろうか。)

以上から、真の市民的諸権利は政治的諸権利に基礎づけられなければならないが、それはちょうど、市民的法律一般が政治的法律なしには確実でありえないのと同じである。市民的諸権利が根本国法に定位する理由とその様式が、ここから明らかになる。市民的諸権利は根本国法中に、政治的諸権利から生ずる原始的市民的帰結 первоначальные гражданские последствия として記されなければならない。この市民的帰結の展開は、民事法律の諸法規に委ねなければならない。(国法には、例えば、各人は自らの財産を自由に享受する旨が定められる。これにも

とづいて、民事法律が、いかにして財産が、一般的合意に従い、一方の所有から他方のそれへ移転するかを定めるのである。)

ここから、根本法の構成に含まれる3つの主要項目が定まってくる。①大権の諸権限、②大権の諸権限から生ずる法律、③臣民の諸権利、がそれである。(SpV145-149)

公法・私法関係に関する結論は、ヴラヂーミルスキー=ブダーノフの場合とほぼ同じである。ヴラヂーミルスキー=ブダーノフが歴史の順序として配置したものが、スペランスキーにおいては論理的順序として配列されているわけである。論理的配列の原理となっているものは、いわば「国家力の力学」である。「国家諸力」という概念がどのような由来をもつのか詳らかにしないが (Cf. Sp29, 34, 35)、分散状態にある国家諸力を「死んでいる力」「自然状態にある力」と呼び (SpV146)、そこから「結合状態」を考えるというスペランスキーによる操作の仕方から、われわれはそこに「力 force の結合 reunion」としての国家状態と「意思の結合」としての市民状態というモンテスキューの枠組 (本稿上引C・D) を想起しえよう。『法の精神』から、モンテスキューの政体論、とりわけ君主政の特質 (中間権力=中間的諸力 *pouvoirs intermédiaires* としての君主政の本性 Na64) 把握の要諦として、スペランスキーは「貴族なければ君主政なし *point de noblesse, point de monarchie*」を引き出すのであるが、この貴族の「力」がロシアにおける「人民の精神」「人民の一般意思」「世論」などの実質的な軸になっていることも (Sp21, 34, 35, 68-69, 77-81)、同時に注目されよう。この想定がある程度当たっているとすると、このスペランスキーの構想は、モンテスキューの枠組から「意思の結合」「市民状態」、つまり「市民社会」ないし「政治社会」「政治的統治」 *political or civil society, government* の作用という重要な側面を大胆に切り落としたヴァージョンになっているという意味で、極めて特異であるが、それはそれで専制国家の国制を見事に表出するものとなってもいることが分かる。ここで舞台回しの役割を終始演じているのは、スペランスキーの「国家力」すなわちモンテスキューのいう「力の結合」作用、とりわけロシアの「大権 *дежлавная власть*」、力の論理そのものにほかならない。ここでは、合法的統治、国法典という構想そのものが、法という擬制、法という企ての基盤を喪失する。

[K] 国民のうちいくつかの階級の重要な政治的利権 *политические пользы* は法律で規定し、均衡の力で支え、あるいは世論 *общее мнение* の作用で確保することができる。だが弱者と強者、貧困と富裕、農民と地主のような個々の関係をすべて法律で〔立法的に〕規定することはできるのか？ そこにある微細で無数の変化をすべて包括しうるような公行政 *полиция* はあるのか？ どんな司法 *суд* が濫用

の度合いを測り、正当な対応をとるというのか？〔こうした法治の対応を徹底しようとするれば〕自由は国家にとってあまりにも高価につくことになり、〔それでもこれを強行すれば〕いかなる奴隷制にも劣るものとなる。市民的な意味での大量の奴隷 рабы〔すなわち市民的隷従 гражданское рабство、モンテスキューのいう市民的奴隷制 esclavage civil (EL15-1ff; Nb52ff)〕は、これまで政治的な意味でも自由な国家においてさえ常に必要であったが、必要に応じてこれからも存在しなければならないのである。(Sp85)

問題は、農奴制や身分制を、法の問題としてどう考えるかということに止まらない。弱者と強者、貧困と富裕、農民と地主のような個々の関係を「すべて法律で規定しよう」という見地に、これらの関係を法 droit すなわち「市民的」自治の装置に委ねるのではなく、上からの行政の対象として捉えようとする立場がはしなくも現れていよう。事実、ロシアの法はこうして「行政規則 règlements」の性格を濃厚に帯びた社会現象となった。モンテスキューは、種々の法部門の特質を検討する『法の本質』第26編の終結近い章で警察規則の性格を論じ、そこで「警察は法律 lois よりむしろ行政命令 règlements をもつ」(Nc118)と述べたことがある⁽³⁹⁾。先に見たところであるが、18世紀初頭以降のロシア国家を「行政国家」とみるいうヴラヂーミルスキー=ブダーノフの所説に従うならば、われわれはモンテスキューの「警察 police」の代わりに「行政国家 Polizeistaat」の概念を挿入し、その命題に即して19世紀ロシアの政治秩序を考えることが許されるであろう。

むすびに代えて

最後に本稿で考察した問題を2つに絞り、まとめとこれからさらに検討すべき課題とについて、一言しておこう。

① 西欧および専制ロシアにおける公法・私法の関係という問題については、「これらの方法〔自然法学の方法およびローマ法の方法〕には、それぞれ固有の長所がいくつかあるが、全体としてローマ法 the civil law の方法が優っている」(引用A)というスミスの見方は、どちらにも「長所」を認めるが、「全体として」、とくに「法学講義」の体系構築方法としてみた場合には、「ローマ法の方法」すなわちモンテスキューの方法(統治→所有権)のほうが有利であるという意味で、正当なものであったと言える。

法学講義の体系はどちらの方法でも展開可能であるが、「ローマ法の方法」においては、ルネサンスと人文主義(とくにマキアヴェッリの『ディスコルシ』から拓かれたローマ共和政への認識)によって、その展開の出発点=統治から体系の終着点=所有権を見通すことができるようになったという利点大きい。自然法の方法に従うと、

西欧法の場合はそれでも上向的に展開して「市民的統治」に到達しうるが、アジア諸国の法を扱う場合には、そもそも所有権という出発点が覚束ないだけでなく、上向の道が半ばで途絶することになりかねない。スミスのように、「すべての国民の法律」を法学講義の視野に取り込もうとし、モンテスキューの模倣を避けようとするれば、講義体系は量的に膨大、かつ内容上もはなはだ錯綜したものとならざるをえないであろう。「ローマ法の方法」は、少なくとも講義体系の簡素化と講義担当者におけるエネルギーの経済学とに資するものなのである。スミスが『道徳感情論』で約束した体系的著作「法と統治の一般的諸原理」の実現可能性が、モンテスキュー『法の本質』の受容を深めれば深めるほど、不透明になった理由も、そこにある。

「ローマ法の体系」つまりローマ法学の学的体系ではなく、法源すなわち法規範体系としての「ローマ法」そのものの体系には、ユスティニアヌス帝のローマ法大全 *Corpus iuris civilis* に即してみれば明らかなように、順序の問題以前に、もともとその膨大な素材群のほとんどが私法を内容とするものであって、ヨーロッパの法学は中世以降、この素材群を注釈・体系化するとともに、「私法学上の思考様式」にもとづいてローマ法源においては影のうすかった公法をも説明すること⁽⁴⁰⁾に腐心してきたという事情がある。所有権から出発する近代自然法の体系には、経済と法との社会学的認識水準の違いをある意味で捨象してみる限り、マルクスが「商品」を端緒範疇として『資本論』体系を展開したのと同じように、デカルト的真理ともいべきものが宿っている。パシュカーニス理論はこの方向へのささやかな試みの一つであったともいえるが、「政治的統治」の経験と認識を欠いたロシアの素地の上では成功する見通しをもたなかった。モンテスキューの範例が示唆したように、この方向への探求には、現在でもなおグラヴィーナ(引用 C, D: Na47, 48)あるいは「ローマ法」すなわち「市民社会自体が有する政治システム上の含意⁽⁴¹⁾」を通過していくことが求められている。この探求が果たされるまでは、また果たされても、その探求の成果全体を潜っていくのではない限り、われわれはなお、統治から所有権への、スミスのいう「ローマ法の方法」に依拠せざるをえないということである。

② 近代の「政治」を「政治的統治」概念を手懸かりとして考えようとするれば、われわれは必然的に歴史(「封建的」社会との比較で)あるいは比較法の世界(アジア諸国の「支配」秩序との比較で)に入らなければならないことを見てきた。「政治的 political or civil」という用語の含意は近代には、ジョン・ロックが『統治二論』後編・第7章の標題ですでに示唆していたように、「法的に組織された」社会の概念⁽⁴²⁾に収斂してくる。スミスとほぼ同時代のデイヴィッド・ヒュームが政治社会・政治化された君主政 civil society, civilized monarchy を「法の支配 government of Laws」を達成した社会と同視した⁽⁴³⁾のも、偶然ではなかった。ルソーが『社会契約論』第2編第8章でとくにロシアの人民を例にとり、「ある人民は、生まれながらに規律に従わせうるが、他の人

民は十世紀たってもそうならない。ロシア人はいつまでたっても市民化されないであろう。それは彼らが〔ピョートル大帝の下で〕あまりにも早く市民化されようとしたからである」と書いたときの、「市民化 policer」の語に込められた意味もそこに通ずる。Civil, political の意味での「政治 civil」概念が古典古代の共和政 (polis, civitas) に由来することはいうまでもないが、近代の civil, political は、地中海的古代の単なる復興ではなく、直接にはモンテスキューが起源をそこに求めた「ゲルマンの森」、すなわち古ゲルマン諸部族の習俗というよりも彼らがやがてヨーロッパで構築した封建社会に起源をもつものであった、とわれわれもさしあたりは考えていこう。

モンテスキューは、この「政治システム」の起源を、あえて中世の領主権そのものを構成するところの下級裁判権（「村の裁判所」）に見出した⁽⁴⁴⁾。彼は、この裁判権は、モンテスキューによれば、「篡奪」によって領主が獲得したものと見なした (EL30-20; Nc343)。どこから篡奪したというのか？ 「ゲルマン人の慣行と慣習法の奥底」とモンテスキューが言うところ、フランスの中世史家マルク・ブロックの表現では「人民法上の仲間団体裁判所」つまり「自由人の裁判集会⁽⁴⁵⁾」に内在するデモクラシーからに他ならない。

ロシアにおける「行政規則」としての法の起源を明らかにするためには、われわれはモンテスキューとともに、この原初デモクラシーとの分岐がこの国の歴史上どこで生じたのかを訪ねていかなければならないであろう。

注

- (1) アダム・スミス『法学講義 Lectures on Jurisprudence』の原典は *The Glasgow Edition of Works and Correspondence of Adam Smith*, Vol. V を用いるが、A ノートはアダム・スミスの会監修・水田洋ほか訳『アダム・スミス法学講義1762~1763』名古屋大学出版会、2012年、B ノートは水田洋訳『法学講義』岩波文庫、2005年、の参照頁をそれぞれ本稿本文中に「Ha12, Hb31」のように表記し（それぞれ水田ほか訳A ノート12頁、水田訳B ノート31頁を指す）、必要に応じて原典の参照箇所を、慣例にしたがい手稿の頁付で本文中に「LJA10, LJB11」（A ノート手稿10頁、B ノート手稿11頁）のように示す。ただし、訳文は本稿行論の都合により必ずしも上記邦訳には従わない。
- (2) B ノートの邦訳『法学講義』における解説で水田洋は、A ノートでは法学の定義がスミス自身により「法学は国内統治をみちびくべき諸規則についての理論である」とされ、B ノートではこの定義が「法学は、すべての国民の法律の基礎であるべき一般諸原理を研究する学問である」とされていることから、「A から B への視野の拡大はあきらかである」と述べている (Hb513-514)。また水田は、A ノート邦訳『アダム・スミス法学講義』の訳者解説では、「スミス自身が法または統治の一般理論を目指していたのであれば、公法優先には議論の余技がない」としている (Ha423)。この二様のコメントはその趣旨が理解しにくい、A が一国的・国内統治、B が「すべての国民の法律」を対象とし、その意味で「一般理論」が発展させられた（いずれか一国の「国内統治」ではなく多数の国民の法律を対象と

するならば、まずそれぞれの国民の公法から見ていかなければならない?)という趣旨のようにもとれるが、それでも趣旨は不明であろう。なお、水田はこれもBノートへの解説で、スミスにあっては「司法論」(道徳哲学の第3部門)が「モンテスキューに示唆されたと思われる計画」に従って構想されていたとの、ジョン・ミラーの指摘に触れているが、この見方はそれ以上には展開されていない。結論的にいえば、本稿では、このミラーの指摘の含意を検討するというわけではないが、『法学講義』A・B両ノートの違いを、水田の場合とは異なり、むしろ自然法論(人間理性つまり人間そのものの原理に根ざした一般理論)からモンテスキュー的比較法理論(比較法によるイングランド異質論の徹底)への転換と見ることになる。

ちなみに、「法学」の定義と関係するが、Aノートの「国内統治」の国内と水田が訳しているcivilの語は、国内的(domesticの意味でのcivil)以上に、一面では「封建的統治」との対比でいわば市民的(ブルジョア的というよりも、civicつまりローマ的、古典共和政的伝統に繋がる意味での「市民的」)であるとともに(例えばAノートにおける「市民的統治の本来の形態」Ha306-308参照)、非政治的統治(父的paternal、家父長的patriarchal、家的・主人的despoticな統治など)との対比で「政治的」と訳されるべき用語であり、Aでも、イングランド異質論に収斂するBノート以上に、「アラブ人、タタール人」を含め「世界に存在してきたすべての統治形態」(Hb256)が検討されてもいるからである。水田のようにcivil governmentを「国内統治」とすると、反対語、つまり国内的でない(対外的?)統治とは何かを考えにくくなり、この形容詞の意味が事実上失われる。

このA・B両ノートの問題を正面から考察する別の試みとして、田中正司『アダム・スミスの自然法学—スコットランド啓蒙と経済学の誕生』御茶ノ水書房、1988年、第2部第3章『『法学講義』誠議論の主題と構造』、同『経済学の誕生と『法学講義』—アダム・スミスの行政原理論研究』御茶ノ水書房、2003年、第6章『『法学講義』の構成逆転問題』がある。田中は、ローマ法学者(「ローマの市民法学者」?)が私法から公法への体系展開の方法をとっていたことを自明の了解としているように見えるが、こうした了解の典拠は挙げていない。なお、本稿で考察するモンテスキューの方法については田中は、「モンテスキューやケイムズ、ヒュームらの市民社会の歴史的分析方法は、いずれも、自然法上の権利としての私権論から出発して、その上に『法と政府』を基礎付ける自然法学者の『市民社会』の発生史的方法を母胎としながら、その発生史的考察方法をより具体化する過程で成立したものであった」(『アダム・スミスの自然法学』130頁)とし、モンテスキューは私権(所有権)から政府への図式に従っているかの把握に立っているが、こうした把握の根拠は示されていない。また「モンテスキューがスミスの歴史的方法の形成に影響を与えていたことは事実としても、スミスがモンテスキューから歴史的方法を学んだとみることには大きな疑問がある。モンテスキューの方法は、ミークやシュタインの指摘するように、必ずしも歴史的ではなく、多分に平面的・並列的でしかないからである」とも指摘し(同148頁、注(44))、モンテスキューに歴史的方法を認めていない。本稿の結論は、こうした見方とはほとんど正反対のものになるであろう。

スミスの法学思想をヒュームとの関係において扱ったK.ホーコンセン(永井義雄・近藤加代子訳)『立法者の科学—デイヴィッド・ヒュームとアダム・スミスの自然法学』(ミネルヴァ書房、2001年)は、スミスがモンテスキューとケイムズから「相当な影響」を受けたものの、見るべき「問題状況」を作り出すほどではなかったと指摘するに止まっている(同14頁)。D.ウィンチ(永井・近藤訳)『アダム・スミスの政治学—歴史方法的改訂の試

み』(ミネルヴァ書房、1989年)も、スミスに対するモンテスキュー政治科学の影響を、「はっきりしたものというよりは、漠然としたものであった」と見るに止まっている(同46頁)。本稿の結論は、モンテスキューのスミスに対する影響は、「法学講義」を構成するいくつかの極めて重要な問題について明確に特定できるものだけということになるであろう。

- (3) 滝沢正「フランス法における私法と公法」『上智法学論集』第52巻1・2号(2008年)、参照。
- (4) モンテスキューのこの著書はリニアな進行の方式で順を追って書かれたものではない、と筆者は考えている。想像ではあるが、モンテスキューには、本書の編の数(31)と編ごとの章の数だけのボックスとボックス内ファイルがあって、彼はほぼ20年の間、思いつくたび縦横に、それらのいずれかのボックスやファイルを開いて、仕事をした。ボックスやファイルは時とともに新設・統合されたり、廃止されたり、順序の入れ替えが行われたであろう。これが読む者に、モンテスキューの本は「無秩序」だとか、歴史がないとかの印象を与える理由の一つである。われわれはすべてのボックスとファイルの中身を熟知したうえで、創造力を逞しくしながら、彼の非線形的な思考の跡をたどる必要に迫られる。
- (5) のちに詳述するように、『法の精神』第6部の全体(第26編から最終・第31編まで)を筆者はフランスにおける近代的所有権形成史の叙述(モンテスキューの市民法論の本体部分)とみるが、こうした理解は一般的に行われている読み方とは合致していない。例えば、モンテスキュー研究の今日的水準を画した川出良枝『貴族の徳、商業の精神—モンテスキューと専制批判の系譜』(東京大学出版会、1996年)が、「一般的にみて、『法の精神』において所有権の問題が正面から議論されることはきわめて稀であるが、唯一本格的な考察の対象となるのが、『市民法の原理に依拠する事柄を政治法の原理によって規制してはならないこと』と第26編第15章である」(287頁)とする通りである。こうした川出の見方は、『法の精神』における「市民的自由」ないし「市民法」(野田ほか訳では「公民法」)の性格を、どう見るかの問題と深く関連している。川出は、「この〔市民の自由の意味での〕安全を損なうもので、公的・私的訴追以上のものは決してない。したがって、市民的自由はもっぱら刑事の法律の良否にかかっている」というモンテスキュー自身の立言(『法の精神』第12編第1章)を根拠として、「市民的自由は圧倒的に刑法の問題、より厳密に述べるなら刑法改革の問題として論じられている」と指摘する(同前、284頁)。だが、このモンテスキューの命題については、安全を「損なうもの」つまり市民的自由の否定態を念頭におくものであって、「安全」=市民的自由の本体(川出、同前、287頁)を論ずるものではなく、その本体は——奇しくもアダム・スミスが洞察しているように——別の箇所(『法の精神』のずっと後部)にあると筆者は見ている。それが『法の精神』第6部の歴史論である。モンテスキューが市民法をどのようなものとして考えていたかは、長大な所有権史の結末(第31編第34章)の「フランス法」(=フランス民法)の位置づけをみれば了解しうる。鍵となるのは、或る意味では逆説的な見方になるが、市民法のいわば「政治的」由来や「政治的」機能をどう考えるか、である。
- (6) 以下は、大江泰一郎「全一の作品としての『法の精神』—法律家の読み方」静岡大学『法政研究』第11巻1-2-3-4号(2007年)152頁以下、「モンテスキューのロシア法論—『法の精神』体系との関係において」『名古屋大学法政論集』第252巻(2013年近刊)を加工したものであり、一部重複するところがある。
- (7) 『法の精神』からの引用は、『法の精神』の編・章を「EL-23-4」(第23編第4章)のように示し、野田良之ほか訳『法の精神』岩波文庫、上巻=Na・中巻=Nb・下巻=Ncの頁を「Nb350」

- (中巻350頁)のように表記する。ただし、訳文は本稿行論の都合によって変更し、必ずしも野田ほか訳には従わない。
- (8) この原則については、F.オリヴィエ-マルタン(埴浩訳)『フランス法制史概説』創文社、406, 970-971頁。ただし、そこでは *propres* は「親族固有不動産」と邦訳されている。
 - (9) 「贈与」「売却」「遺贈」という文言からはむろん、これがフランス民法典第544条の原始規定、「最も絶対的な方法で物を享受し処分 *disposer* する権利」としての所有権概念へと収斂する後の歴史を念頭におくべきである。
 - (10) フランス民法典の「近代的」性格については、『近代法の再定位』(創文社、2001年)から、とくに金山直樹「フランス民法という世界一革命と近代法の誕生」、水林彪「日本『近代法』における民事と商事」、参照。
 - (11) モンテスキュー(田中治男・栗田伸子訳)『ローマ人盛衰原因論』岩波文庫、35, 36-37頁。
 - (12) 同前、95-96頁。モンテスキューは、イギリスの議会をここでは「政府をも自分自身をも不断に監視している一団体」と呼んでいるが、『法の精神』では「自由な国家においては、自由な魂をもつとみなされるあらゆる人間が自分自身によって支配されるべきであるから、人民が一団 *un corps* となって立法権力をもつべきであろう。しかし、それは強大な諸国家では不可能であり、弱小の諸国家では多くの不都合を免れがたいので、人民は自分自身でなしえないことをすべてその代表を通じて行わなければならない」と述べる(EL11-6, Na295)。
 - (13) いずれの巻本の校閲者も指摘しないが、この文章(原文)は辻褄が合っていない。野田ほか訳は、議会上院・下院・国王の三者が「よく協調を保ち、この協調の続いた時代のヨーロッパの各部分 *chaque partie de l'Europe* の政体ほど見事に節度のある政体がかって地上にあったとは、私には思われないほどである」とするが、こうした政体がイギリスの他にもヨーロッパに遍在するかに言うことはできないはずである。筆者は、英訳、露訳なども参照しつつ、この *chaque partie* の部分を、*une partie, unique partie* (イギリスに範囲を限定する意味での「ヨーロッパの一部」「ヨーロッパの特異な部分」とすべきところを、モンテスキュー自身が誤記したものと読む。なお、『法の精神』において「人民の市民的自由 *la liberté civile du peuple*」あるいは「市民の自由 *la liberté du citoyen*」が、「市民の政治的〔=法的〕自由」(EL12-2, Na343など)とは異なり、「国家の支配力〔=主権〕、すなわち市民の自由 *l'empire de la cité, c'est-à-dire la liberté du citoyen*」(EL26-15, Nc106)のように、人民主権を意味することがある。仏語の *empire* はいうまでもなくローマの公権力概念 *imperium* に由来するが、この *imperium* は近世にはしばしば主権の同義語としてしようされた。ボダンとの関係では、とくに「純粋なインペリウム *merum imperium*」について、佐々木毅『主権・抵抗権・寛容』岩波書店、1973年、13-15, 106-109頁、木庭頭『デモクラシーの古典的基礎』東京大学出版会、2003年、24頁(注3・1・2)、参照。
 - (14) 木庭頭「G.V.Gravinaのための小さな覚え書」『国家学会雑誌』111=7-8(1988), 169頁参照。グラヴィーナがいう、政治状態→市民状態(市民社会)→市民状態にある政治システムの歴史進行(ローマ史)における「市民社会」に注目したい。なお、この点について、大江「モンテスキューのロシア法論—『法の精神』体系との関係において」『名古屋大学法政論集』第252巻(2013年近刊)をも参照。
 - (15) ジョン・ロック『統治二論』後編・第7章の標題 *Of Political or Civil Society* を想起したい。
 - (16) 仲裁人的な性格を有する中世の「裁判権力」が、家的支配からは区別される意味での「政治的支配」の意味をもつことについて、M.ウェーバー(世良晃志郎訳)『支配の社会学 I』

創文社、16-17頁、22-23頁訳注(1)、162-163頁参照。この視角から、ウェーバーの公法論に当たる「支配の社会学」を再読してみたいが、本稿ではその課題には立ち入れない。

- (17) 「取得権」の原語は *acquired rights* で、既得権とほぼ同じ意味の語と思われるが、英語の既得権 *vested rights* ではなく、大陸系の既得権用語 *drois aquis, iura quaesita* から採られている。自然権とこうした意味での取得権との対比は、のちのカント『人倫の形而上学』やその影響を受けた1811年オーストリア一般民法典 (ABGB) にも見られる。自然権と既得権 *wohlerworbenes Recht* ないし取得権 *erwerbliche, erbliche Rechte* との関係については、村上淳一『近代法の形成』岩波書店、1979年、第2章「既得権・所有権・人権」の全体を参照。
- (18) 水田洋は『法学講義』の訳注で、この *civil government* の *civil* を「内乱 *civil war* とおなじく、国内の」という意味だとする (Hb21, n8) が、この理解に立つと、反対語つまり「*civil* でない *government*」の概念を想定しにくくなる。反対語を想定することは、この形容詞が付されていることの意味を、この形容詞が無い場合との比較から、考える上で有益であろう。スミスの *civil government* の概念が例えばD.ヒュームにおける「文明化された」王政 *civilized monarchy* の概念に通ずるものであることを念頭におくのも、無意味ではないであろう。大塚元『デイヴィッド・ヒュームの政治学』東京大学出版会、2004年、241頁以下参照。
- (19) *Government, gubernaticum* と *justice, jurisdictio* との区別はイギリスの憲法思想史上きわめて重要な主題をなす。マクワルワイン C.H. McIlwain (森岡敬一郎訳)『立憲主義—その成立過程』慶應通信、1966年、112-135, 140 n.16, 164-165, 172-179, 198, 203-204頁参照。それが「統治と司法」の区別とともに、「統治」(＝法的ではないもの) と「法」との区別というニュアンスをもつことに留意したい (とくに114-116頁参照)。
- (20) ホブズ (水田洋訳)『リヴァイアサン』2、岩波文庫、1992年改訳版、34, 70頁。因みに、「獲得」の原語 *acquisition* は、スミス用語の「取得権 *acquired rights*」の取得(＝既得)と語根を共有し、正統性のニュアンスをもつものであって、権力の根拠を単なる実力(水田訳は「強力」)と見る含意ではないことに留意したい。
- (21) N.ルーマンは、アダム・スミスの経済学の枠組において「所有権の法形式は歴史的な比較に委ねられ得る」ものとなったことを認め、自然法の規範的理論からの思想的転回がスミスによってなされたものとしているが(川上倫逸編『[ルーマン・シンポジウム] 社会システム論と法の歴史と現在』未来社、1991年、347-348頁)、この転回を最初に成し遂げたのがモンテスキューであったことには言及していない。
- (22) この意味での「プレカリウム」は、スミス自身の文脈では、封建制成立以前の段階における所有地 *allodium* 内において、「従士たちはその土地を、ただ領主〔＝*allodium* 所有者〕の行為が続く限り保有した」(Ha50) というときの従士の保有の性格に該当し、それ自体は必ずしもアジア的所有形態のみに固有のものではない。この点につき、例えば、オリヴィエ・マルタン、前掲、115-116頁参照。
- (23) 『法学講義』の邦訳との比較がしやすいように、水田洋監訳・杉山忠平訳、岩波文庫『国富論 (3)』の参照箇所344頁を KⅢ344のように表記する。
- (24) 水田洋は、このホブズについて、「ホブズが、自然権としての自己保存権を基礎にすえて、大陸自然法を転倒再構成したことに、スミスは気づいていたように思われる。ホブズなくしてスミスなし、ということであろうか」(Hb502) と述べている。スミスが『リヴァイアサン』の契約説を依拠すべきものとして評価していたという趣旨だとすると、スミスのホブズ評価とは逆になる。スミスは『リヴァイアサン』の「政治」概念の重要な

部分を受容していることは確かであるが、その問題と契約説批判の立場にあったことがどう繋がるのかという問題に、われわれは注目したい。

- (25) イングランド史上の民会、賢人会議 *witenagemot*、州裁判所については、F.W.メイトランド (小山貞夫訳)『イングランド憲法史』創文社、1981年、57-65、76-80頁参照。州裁判所は州の全自由所有権者によって構成される。メイトランドは州裁判所を、王国の議会等、国民的会議に選出される代表の母胎となっていたという意味で、「政治構造の真の基礎」と呼んでいる (同60-61頁)。モンテスキューの「村の裁判所」評価につながる点で興味深い。
- (26) メイトランド、前掲、274-277頁参照。
- (27) 同上、349頁。メイトランドは星室裁判所を「暴政裁判所」「恐ろしい裁判所」と呼んでいる。
- (28) プレート J.Brehte de la Gressaye 編集『法の精神』は、ヴォルテール、A.ティエリ、F.ギゾーらが、イギリスの議会とらがゲルマン人の「自由人の会議や長老たちの評議会」といった政治組織との間の類似を否定したことを注記している (Na447)。
- (29) M.Ф.Владимирский-Бданов. *Обзор истории русского права*. 7-е изд., Пг.-Киев, 1915. 以下この第7版の参照箇所を「VB589」(同書589頁)のように本文中に表記する。
- (30) 例えば、鳥山成人『ロシア・東欧の国家と社会』(恒文社、1985年)、とくに第9章「ペー・エヌ・ミリュコフと『国家学派』」は小論との関係でも、国家学派史学とその周辺につき重要な知見を提供する本格的な論文であるが、ヴラヂーミルスキー=ブダーノフについてはほとんど名前だけ、それも1回言及されるだけである (同書104頁)。
- (31) メントランド、前掲、710頁。
- (32) 「国家的所有権」概念との関係では、大江泰一郎「中央アジアにおけるロシア法とイスラーム法の交錯—土地所有権を中心として」磯貝健一ほか編『シャリーアとロシア帝国—近代中央ユーラシアの法と社会』臨川書店、2014年 (近刊)、31頁以下参照。ウェーバーの「家産国家」概念につき、M.ウェーバー (世良晃志郎訳)『支配の社会学 I』創文社、161頁以下、ロシアの家産制については276頁以下、参照。

君主が国内の土地すべてに対する所有権を有するという考え方は、伝統中国の王土王民論やノルマン征服以後のイングランド国王にもみられるが、西欧におけるそれとアジア(「社会主義や共産主義の諸学派」)のそれとの違いについて、オリヴィエ=マルタン、前掲、196頁。「社会主義や共産主義の諸学派には、私的所有権を多少とも大幅に国家の主権に併合せようとする傾向がある。中世〔ヨーロッパ〕には、これと反対のことが実現された。すなわち、領主的所有権は主権のもつ数多くの特権を自身に併合した。従って、領主権は、同時に所有権と主権とからなる特殊な組織であることになる」と、そこでオリヴィエ=マルタンは言う。ロシアや中国の社会主義には本来「主権」概念そのものが存在しないという点で正確ではないが、「国家の主権」を例えば「国家の行政権力」に置き換えれば、あながち不当な見方とはいえない。
- (33) 鳥山、前掲、264-265頁参照。
- (34) J.ハーバースは中世ドイツの領主権 *Grundherrschaft* の公的 (政治的) 機能を説明するためにオットー・ブルナーの著書から以下のパラグラフを引用しているが、ヴラヂーミルスキー=ブダーノフのロシアの君主権=私権論にはそこにある「公的なもの」がすべて取り払われている点で興味深い (細谷貞雄訳『公共性の構造転換』未来社、1973年、16-17頁)。「ラント Land を公生活の圏として捉えると、家や家長が行使する権力において見ら

- れるものは、まさに第2次的な公権力である。これは、その上位にあるラントの権力に比べれば、確かに私的な権力であるが、それにしても近代的な私的法秩序における私権とはすこぶ異なる私権なのである。『私的な』支配権と『公的な』支配権とが、一つの不可分の統一体に融合し、したがって両者ともに統一権力の発露であり、土地に結びつき、正当に獲得された私権のように取り扱われる、ということは、私のみるところでは以上の理由から説明される」(O.Brunner, *Land und Herrschaft*, Brünn, 5.Aufl. S.337)。ロシアの君主権には「公法」相当のものが欠けているといってよいが、ヴラデーミルスキー=ブダーノフのいう「私法」は、それを私法というべきか否か本来疑わしく、私法が本来存在しないことになれば、私法・公法という概念枠組そのものが意味を失うことになると考えられる。
- (35) 大江泰一郎「ロシアの法学と『市民社会』概念—パシュカーニス理論を再読する」『早稲田法学』87-2(2012年)39-41頁参照。
- (36) すべて *М.М.Сперанский: Проекты и записки*. Под ред. С.Н.Валка, М.-И., 1961.に収録されている史料で、書名(「М.М.スペランスキー—構想と覚書」)の通りスペランスキーが作成した自分用の覚書と、皇帝への上奏用に準備した構想文書(「序説」など)を含む。本稿では以下この史料集の参照箇所を「Sp25」(同書25頁)のように表記し、「国法典序説」部分についてはとくに「SpV148」(同書148頁)のように記すことにする。
- (37) エティエンヌ・デュモン編、ベントム著『民法および刑法の理論』(パリ、1802年)の露訳が、ロシアではスペランスキーの肝いりで刊行されている(1806-11年)。J.R.ディンウイディ(永井義雄・近藤加代子訳)『ベンサム』日本経済評論社、1993年、16頁参照。「国法典 Уложение государственных законов」という法典的立法の名称も、プロイセン一般ラント法(1894年)とともに、ベントム『憲法典 Constitutional Code』の刊行(1830年)以前から使用されてはいるが、ベントムの構想の影響を受けたものと考えられる。
- (38) 『法の本質』の同じ第15編の第6章で、モンテスキューはロシアを念頭において、「およそ専制政体のもとにあっては、人は非常に容易に身を売る。そこでは政治的隷属 *esclavage politique* がなんらかの仕方でも市民的自由 *liberté civile* を無に帰せしめているのである」(Nb60)と書いており、スペランスキーの要約にはこのニュアンスも組み込まれているように思われる。なお、モンテスキューの *esclavage civil* をスペランスキーは直訳的に *гражданское рабство* (市民的奴隷制)と露訳し、市民相互間における隷属関係と解釈しているが、モンテスキューの趣旨には合致しているように思われる。本稿ではこれを「市民的隷属(関係)」と訳している。野田ほか訳岩波文庫の「私有奴隷制」は家内奴隷制との関係でも意味不明であり、これに付された訳注(Nb397)の趣旨も理解しがたい。
- (39) マックス・ウェーバー「法社会学」における「行政規則 *Reglement*」はロシア・アジア諸国における法の性格を考える上で極めて重要な概念であるが(世良晃志郎訳『法社会学』創文社、71, 73, 108頁など参照)、ギリシャ語源・ラテン語源が多いウェーバーのカズイステック術語中では珍しくフランス語起源である。筆者は、ウェーバー社会学の方法を含めて、モンテスキューの影響を想定しているが、この問題は今後の研究に待ちたい。
- (40) M.シュトライス(佐々木有司・柳原正治訳)『17-18世紀の国家思想家たち』木鐸社、1995年、26, 101頁。
- (41) 木庭顕『デモクラシーの古典的基礎』東京大学出版会、2003年、25頁。木庭は、ホッブズからスピノザに至るデモクラシーの探求を「政治的に十分に活動的なタイプの市民社会構築の試み」とも呼んでいる(同『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会、2009年、61頁)。モンテスキューを理解するために筆者がこだわってきた「所有権の政治的機能」という主

題、あるいはNルーマンのいう「政治的私法 politisches Privatrecht」としてのローマ法という見方と響きあうところが多い。ルーマン (村上淳一・六本佳平訳)『法社会学』岩波書店、1977年、178頁。

- (42) M.リーデル (河上倫逸・常俊宗三郎編訳)『市民社会の概念史』(以文社、1990年) 36-38頁。そこでリーデルはこの見方の例として、ボダンやホッブズ、さらにはロック、カントらに先行する16-17世紀の思想家であるメランヒトン、H.コンリング、F.ベーコン、グロティウス、スピノザを挙げている。
- (43) 犬塚元『デイヴィッド・ヒュームの政治学』東京大学出版会、2004年、243-246頁。
- (44) モンテスキューのこの見地が、「法と裁判権とは共通なし」とする通説、16世紀以降における領主裁判所の顕著な凋落という歴史的傾向に反して (オリヴィエ=マルタン、前掲、779頁参照)、打ち出されたものであったことに留意したい。モンテスキューのこうした見地は、「裁判は最も重要な政治制度の一つである」「裁判の概念は陪審を論理的に前提する。陪審による判定が無ければそれは裁判ではない」(木庭顕『ローマ法案内—現代の法律家のために』羽鳥書店、2011年、29, 30頁) という、ローマ法研究の視点からは、新たな評価を得られるであろう。
- (45) M.ブロック (堀米庸三監訳)『封建社会』岩波書店、1995年、460, 461頁。